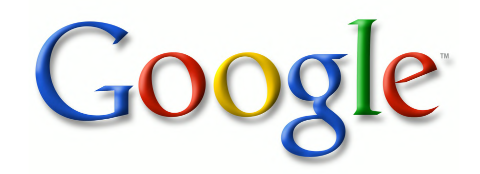


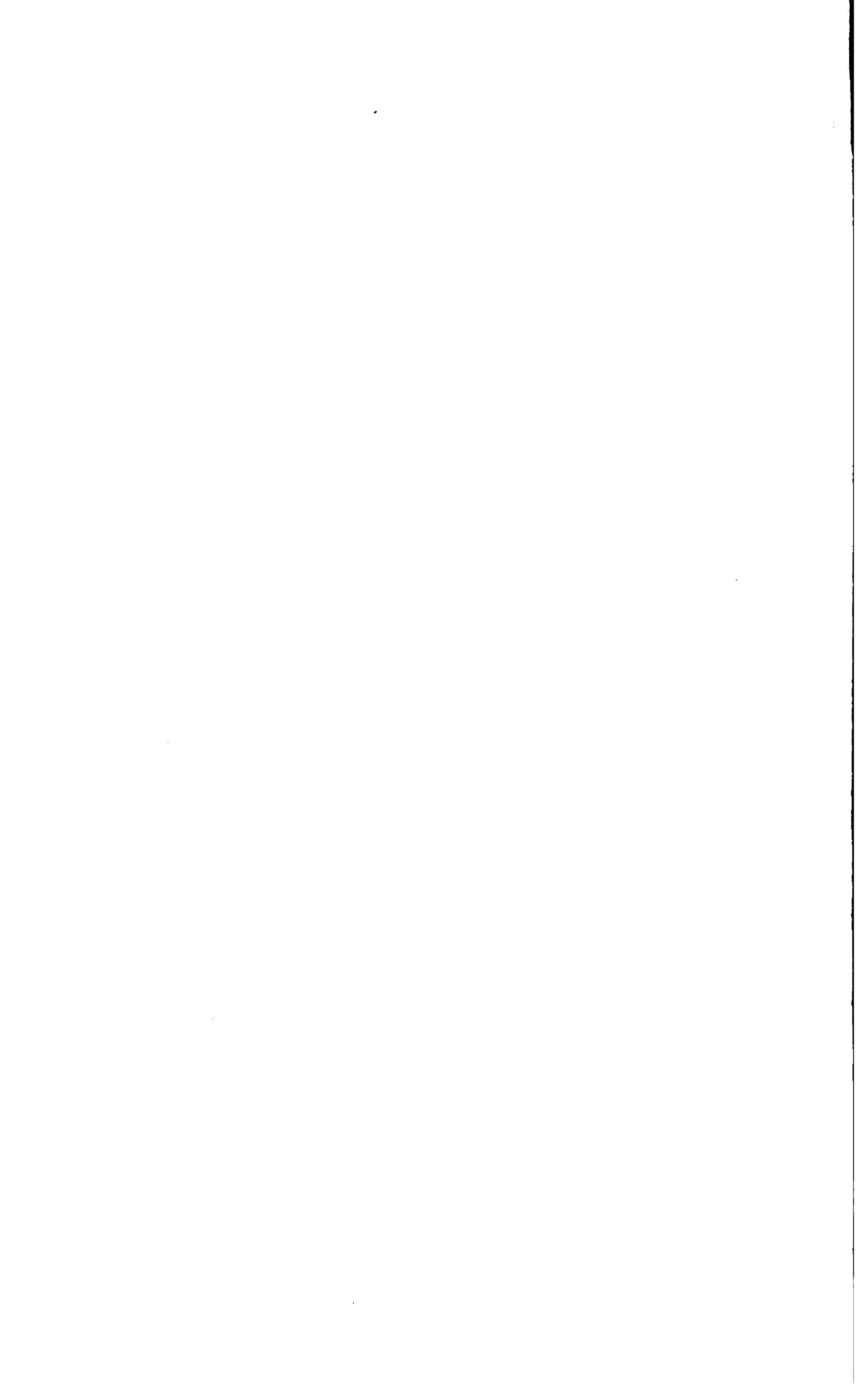


Thon

Das Jus Offerendi des besseren Pfandgläubigers nach Römischem Rechte


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

Germany



Das

Jus Offerendi

des

besseren Pfandgläubigers

nach

Römischem Rechte.

Eine civilistische Abhandlung

geschrieben

zur Erlangung der Erlaubniß

an der

Ruprecht-Carls-Universität zu Heidelberg

Vorlesungen zu halten

von

August Thon

Heidelberg.

Buchhandlung von Bangel und Schmitt.

1863.

Das

Jus Offerendi

des

besseren Pfandgläubigers

nach

Römischem Rechte.

Eine civilistische Abhandlung
geschrieben
zur Erlangung der Erlaubniß
an der
Ruprecht-Carls-Universität zu Heidelberg
Vorlesungen zu halten
von

August Thon
Doctor Juris utriusque.

Heidelberg.
Buchhandlung von Bangel und Schmitt.
1863.

Der nachstehende Aufsatz ist seinem Inhalte nach einer Preisschrift entnommen, welche im Sommer 1861 von der Juristenfakultät zu Jena gekrönt ward und den Titel führte: exponatur de successione in locum creditoris pignoratitii secundum jus romanum. Wenn ich mich entschlossen habe, einen einzelnen Theil derselben für jetzt allein zu behandeln, so hat mich dazu hauptsächlich der Zweck dieser Abhandlung veranlaßt, der es mir angemessener erscheinen ließ, eine kleinere Materie des Civilrechts mit Sorgsamkeit zu erörtern, als ein umfangreiches Gebiet zu betreten, das nur zu voll ist von weitgehenden Controversen. Und es ermuthigte mich hierbei der Gedanke, daß die nochmalige Untersuchung einer Frage nicht ohne Interesse erscheinen möchte, welche bis zur jüngsten Zeit herab so viele Rechtslehrer beschäftigt und so verschiedenartige Lösungen gefunden hat.

Heidelberg, im October 1863.

Der Verfasser.

Inhalt.

§. 1.

Die Frage, ob das in den römischen Rechtsquellen dem nachstehenden Pfandgläubiger gegen den besseren gegebene Auskaufsrecht — von den Römern selbst bald als „offerendae pecuniae facultas“,[1] bald als „jus offerendae pecuniae“,[2] heutzutage aber ganz allgemein als „jus offerendi“[3] bezeichnet — auch umgekehrt dem besseren Pfandgläubiger den nachstehenden gegenüber gebühre, gehört seit langer Zeit zu den bestrittensten des Civilrechts. Zwar wird gewöhnlich angenommen[4], daß sich die Meinungen in Betreff dieser Frage erst in unserem Jahrhundert getheilt hätten, indem mit Ausnahme weniger Dissentienten seit den Glossatoren die übereinstimmende Ansicht der Rechtslehrer das Auskaufsrecht

1) **Papinianus** in l. 2 de distractione pignorum (20, 5). —

2) **Papinianus** in l. 3 pr. de distractione pignorum (20, 5). — Außerdem findet sich noch „offerendi pecuniam potestas“ in c. 4 C. de his, qui in priorum creditorum (8, 19) nach dem codex bibliothecae Universitatis Lipsiensis Paulinae 884 und nach der editio Schoifferiana. —

3) Der Name findet sich schon bei **Azo** (summa aurea ad libr. VII C. tit. de praescription. XXX vel XL ann. 13), bei **Johannes** (Glosse: „offerre dibitum“ zu c. 7 §. 3 C. de praescript 7, 39), und **Accursius** (Glosse: „suçcessisti“ zu c. 3 C. de his qui in priorum 8, 19); Glosse: „opponere conatur“ zu c. 7 §. 3 C. de praescript. 7, 39). Doch hat **Accursius** auch „jus offerendi pecuniam“ (Glosse: „denuo“ zu l. 3 de distr. pign. 20, 5) und **Vivianus** „facultas offerendi pecuniam“ (Glosse „cum secundus“ zu l. 5 de distr. pign. 20, 5). Erst durch die Postglossatoren scheint der Name zu einem vollkommen technischen geworden zu sein; vgl. **Salycetus** in der „summa“ zu c. 10 C. qui potiores (8, 18) und zu c. 7 §. 3 C. de praescript. (7, 39); **Bartolus** in der „summa“ zu l. 11 §. 4 qui potiores (20, 4) und zu l. 7 pr. C. de praescript (7, 39); **Baldus** in der „summa“ zu c. 2 C si antiquior (8, 20). —

4) Vgl. z. B. **Zimmern** (s. Anm. 36), **Müller** (s. Anm. 37), **Bopp** (s. Anm. 38), **von Vangerow** (s. Anm. 62). —

sämmtlichen Pfandgläubigern gegeben habe, ohne Unterschied ihres Ranges und ihrer Stellung zu einander. Doch möchte diese Annahme auf einem Irrthume beruhen, und lediglich veranlaßt worden sein durch ein Nichtbeachten der verschiedenen Bedeutungen, die sich in Bezug auf das jus offerendi bei den älteren Schriftstellern finden.

Denn wie einmal die Leistung der Zahlung von Seiten des Schuldners von den Glossatoren an bis herab zu den Juristen des siebenzehnten und achtzehnten Jahrhunderts als Ausübung eines „jus offerendi" bezeichnet und mit dem den Pfandgläubigern zustehenden Auskunftsrechte zusammengestellt wurde, so ward namentlich auch noch ein anderes Institut des römischen Rechts in den älteren Schriften allgemein jus offerendi benannt und durch dessen Verbindung und öftere Verwechselung mit dem Auskaufsrechte der Pfandgläubiger die ganze Lehre wesentlich verdunkelt und getrübt. Es ist dies die einem jeden Besitzer der verpfändeten Sache verliehene Befugniß, die hypothekarische Klage durch Angebot der Hauptschuld von sich abzuweisen; eine Befugniß, die sich in Voraussetzungen und Wirkungen wesentlich von dem den Pfangläubigern eingeräumten jus offerendi unterscheidet. Wir wollen kurz die abweichenden Punkte hervorheben.

Das Auskaufsrecht der Pfandgläubiger, auf einem besondern Rechtssatze beruhend [5]), ist nach beiden Seiten hin vom Besitze unabhängig [6]), doch nur unter Pfandberechtigten anwendbar. Vollzogen wird dasselbe nicht schon durch das Angebot der Zahlung allein, sondern erst mit der Annahme der letzteren von Seiten des andern Gläubigers, oder im Falle verweigerter Annahme, durch Consignation und Deposition der offerirten Summe [7]). Als Folge dieses Auskaufs erscheint völliger Eintritt des abfindenden Gläubigers hinsichtlich des Gezahlten oder Hinterlegten in der Rang und die Stellung des Abgefundenen. [8])

---

5) **Tryphoninus** in l. 12 §. 12 de captivis (49, 15): „— quasi ea obligatione quadam Constitutione inducta —". —

6) **Paulus**, R. S. II, 13 §. 8. — c. 7 §. 3 C. de praescript (7, 39). —

7) c. 1 C. qui potiores (8, 18). —

8) **Marcianus**, in l. 12 §. 9 qui potiores (20, 4): „— loco — succedat —"; und in l. 5 pr. de distract. pig. (20, 5): „—in locum ejus

Ganz anders dagegen verhält es sich in Betreff der Oblation eines mit der hypothekarischen Klage Belangten. Voraussetzung, aber auch einzige Voraussetzung dieser Befugniß ist das Innehaben des verpfändeten Objectes. Ein jeder Besitzer [9]) kann sich dieser Oblation bedienen, mag er Eigenthümer sein, bonae oder malae fidei possessor, oder selbst Pfandgläubiger mit besserem [10]) oder schlechterem Rechte. Auch ist hier das bloße Zahlungsangebot vollkommen genügend. Denn mag nun die Annahme erfolgen oder nicht, jedenfalls wird in einem ihrer Theile die Einrede [11]) begründet: SI EA PECUNIA SOLUTA NON SIT — — — NEQUE PER A^m^ A^m^ STET QUOMINUS SOLVATUR.[12]) Auf der andern Seite bewirkt eine solche Oblation lediglich Abweisung der hypothekarischen Klage. Zwar kann die Annahme des Angebotenen von Seiten des Klägers für den Besitzer der verpfändeten Sache noch ein Retentionsrecht wider den später vindicirenden Pfandschuldner begründen [13]), unter Umständen auch das Gesuch um Cession der Klage dem befriedigten Pfandgläubiger gegenüber rechtfertigen [14]): von einem unmittelbaren Eintritt in das ganze Rechtsverhältniß des Letzteren ist jedoch nicht im entferntesten die Rede.

---

successerit — —". Paulus in l. 16 qui potiores (20, 4): „— — in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit." —

9) Paulus, libro V Responsorum, in l. 12 §. 1 quibus modis pignus (20, 6): „Qui pignoris jure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscunque possessor offerre vellet; neque enim debet quaeri de jure possessoris, quum jus petitoris removeatur soluto pignore." Ueber die Bedeutung des Wortes „qualiscunque" vgl. Cujacius, Observat. lib. XI c. 35 i. f. —

10) Gegen die abweichende Meinung von Sintenis, Pfandrecht, §. 47 S. 425 fg. — vgl. Bachofen, das römische Pfandrecht, XVI Absch., §. 9 S. 504. —

11) Vgl. „Zur Lehre von den in factum actiones" in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte II, S. 263 fg. —

12) Gaius, libro singulari de formula hypothecaria; in l. 11 §. 4 qui potiores (20, 4): „Si paratus est posterior creditor priori creditori solvere, quod ei debetur, videndum est, an competat ei hypothecaria actio, nolente priore creditore pecuniam accipere. Et dicimus, priori creditori inutilem esse actionem, quum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur." —

13) l. 65 pr. de R. V. (6, 1). —

14) l. 19 qui potiores (20, 4). —

Das

Jus Offerendi

des

besseren Pfandgläubigers

nach

Römischem Rechte.

Eine civilistische Abhandlung

geschrieben

zur Erlangung der Erlaubniß

an der

Ruprecht-Carls-Universität zu Heidelberg

Vorlesungen zu halten

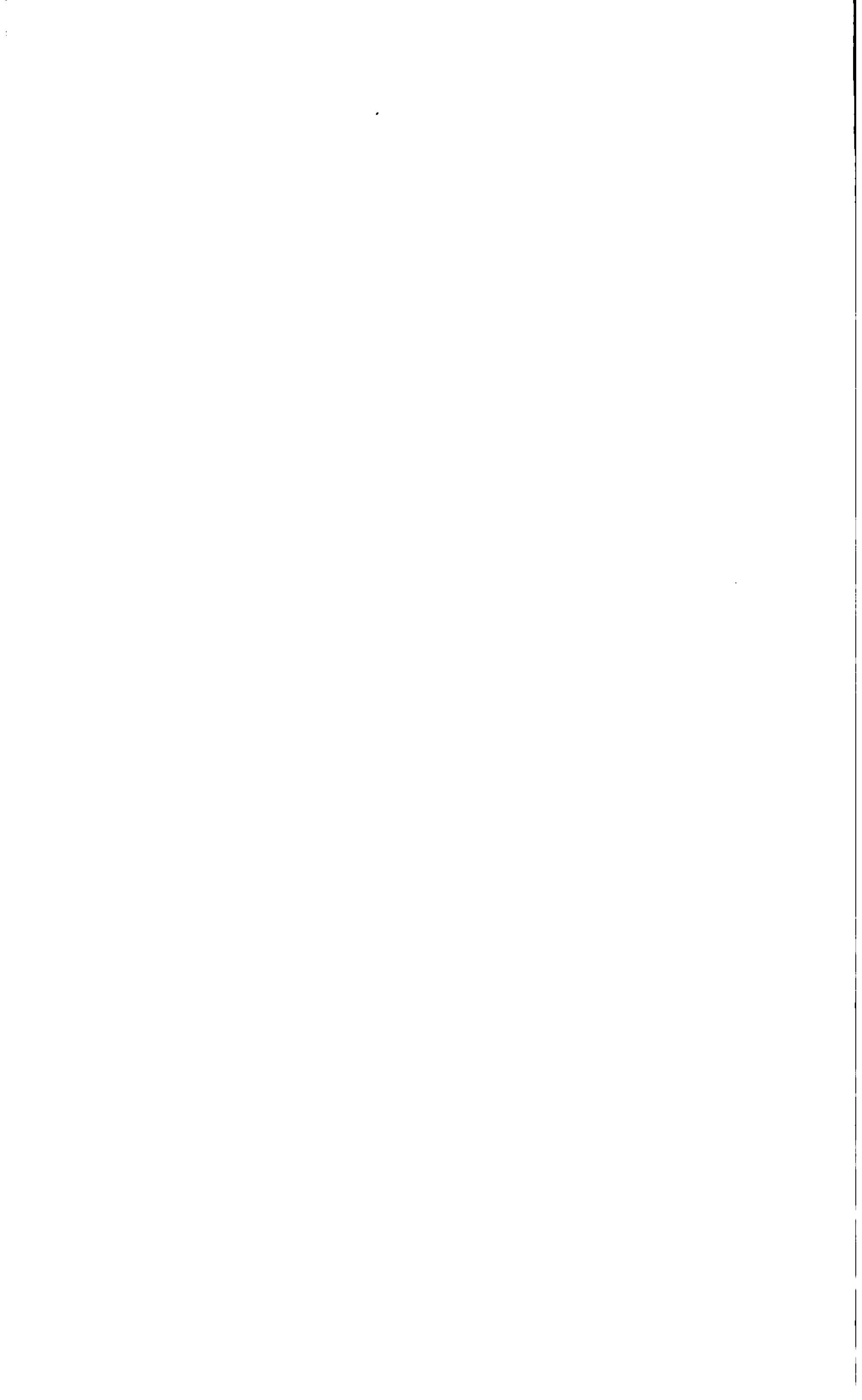
von

August Thon

Heidelberg.

Buchhandlung von Bangel und Schmitt

1868.



Das

Jus Offerendi

des

besseren Pfandgläubigers

nach

Römischem Rechte.

Eine civilistische Abhandlung

geschrieben

zur Erlangung der Erlaubniß

an der

Ruprecht-Carls-Universität zu Heidelberg

Vorlesungen zu halten

von

August Thon

[illegible]

Heidelberg.

Buchhandlung von Bangel und Schmitt.

1863.

Das

Jus Offerendi

des

besseren Pfandgläubigers

nach

Römischem Rechte.

Eine civilistische Abhandlung
geschrieben
zur Erlangung der Erlaubniß
an der
Ruprecht-Carls-Universität zu Heidelberg
Vorlesungen zu halten
von

August Thon
Doctor Juris utriusque.

Heidelberg.
Buchhandlung von Bangel und Schmitt.
1863.

Der nachstehende Aufsatz ist seinem Inhalte nach einer Preisschrift entnommen, welche im Sommer 1861 von der Juristenfakultät zu Jena gekrönt ward und den Titel führte: exponatur de successione in locum creditoris pignoratitii secundum jus romanum. Wenn ich mich entschlossen habe, einen einzelnen Theil derselben für jetzt allein zu behandeln, so hat mich dazu hauptsächlich der Zweck dieser Abhandlung veranlaßt, der es mir angemessener erscheinen ließ, eine kleinere Materie des Civilrechts mit Sorgsamkeit zu erörtern, als ein umfangreiches Gebiet zu betreten, das nur zu voll ist von weitgehenden Controversen. Und es ermuthigte mich hierbei der Gedanke, daß die nochmalige Untersuchung einer Frage nicht ohne Interesse erscheinen möchte, welche bis zur jüngsten Zeit herab so viele Rechtslehrer beschäftigt und so verschiedenartige Lösungen gefunden hat.

Heidelberg, im October 1863.

Der Verfasser.

Inhalt.

§. 1.

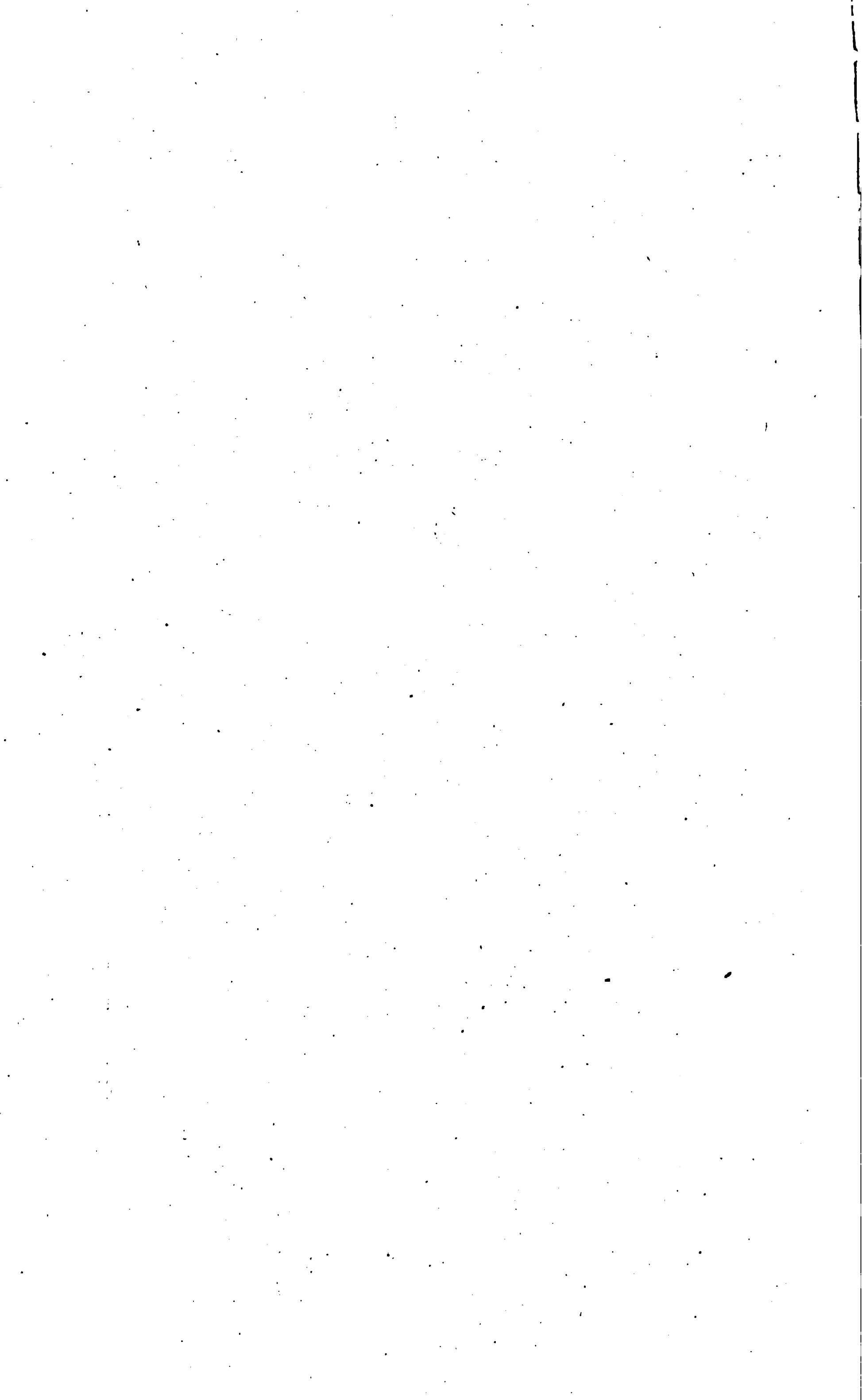
Die Frage, ob das in den römischen Rechtsquellen dem nachstehenden Pfandgläubiger gegen den besseren gegebene Auskaufsrecht — von den Römern selbst bald als „offerendae pecuniae facultas“,[1]) bald als „jus offerendae pecuniae“,[2]) heutzutage aber ganz allgemein als „jus offerendi“[3]) bezeichnet — auch umgekehrt dem besseren Pfandgläubiger den nachstehenden gegenüber gebühre, gehört seit langer Zeit zu den bestrittensten des Civilrechts. Zwar wird gewöhnlich angenommen[4]), daß sich die Meinungen in Betreff dieser Frage erst in unserem Jahrhundert getheilt hätten, indem mit Ausnahme weniger Dissentienten seit den Glossatoren die übereinstimmende Ansicht der Rechtslehrer das Auskaufsrecht

1) Papinianus in l. 2 de distractione pignorum (20, 5). —

2) Papinianus in l. 3 pr. de distractione pignorum (20, 5). — Außerdem findet sich noch „offerendi pecuniam potestas“ in c. 4 C. de his, qui in priorum creditorum (8, 19) nach dem codex bibliothecae Universitatis Lipsiensis Paulinae 884 und nach der editio Schoifferiana. —

3) Der Name findet sich schon bei Azo (summa aurea ad libr. VII C. tit. de praescription. XXX vel XL ann. 13), bei Johannes (Glosse: „offerre dibitum“ zu c. 7 §. 3 C. de praescript 7, 39), und Accursius (Glosse: „successisti“ zu c. 3 C. de his qui in priorum 8, 19); Glosse: „opponere conatur“ zu c. 7 §. 3 C. de praescript. 7, 39). Doch hat Accursius auch „jus offerendi pecuniam“ (Glosse: „denuo“ zu l. 3 de distr. pign. 20, 5) und Vivianus „facultas offerendi pecuniam“ (Glosse „cum secundus“ zu l. 5 de distr. pign. 20, 5). Erst durch die Postglossatoren scheint der Name zu einem vollkommen technischen geworden zu sein; vgl. Salycetus in der „summa“ zu c. 10 C. qui potiores (8, 18) und zu c. 7 §. 3 C. de praescript. (7, 39); Bartolus in der „summa“ zu l. 11 §. 4 qui potiores (20, 4) und zu l. 7 pr. C. de praescript (7, 39); Baldus in der „summa“ zu c. 2 C si antiquior (8, 20). —

4) Vgl. z. B. Zimmern (s. Anm. 36), Müller (s. Anm. 37), Bopp (s. Anm. 38), von Vangerow (s. Anm. 62). —

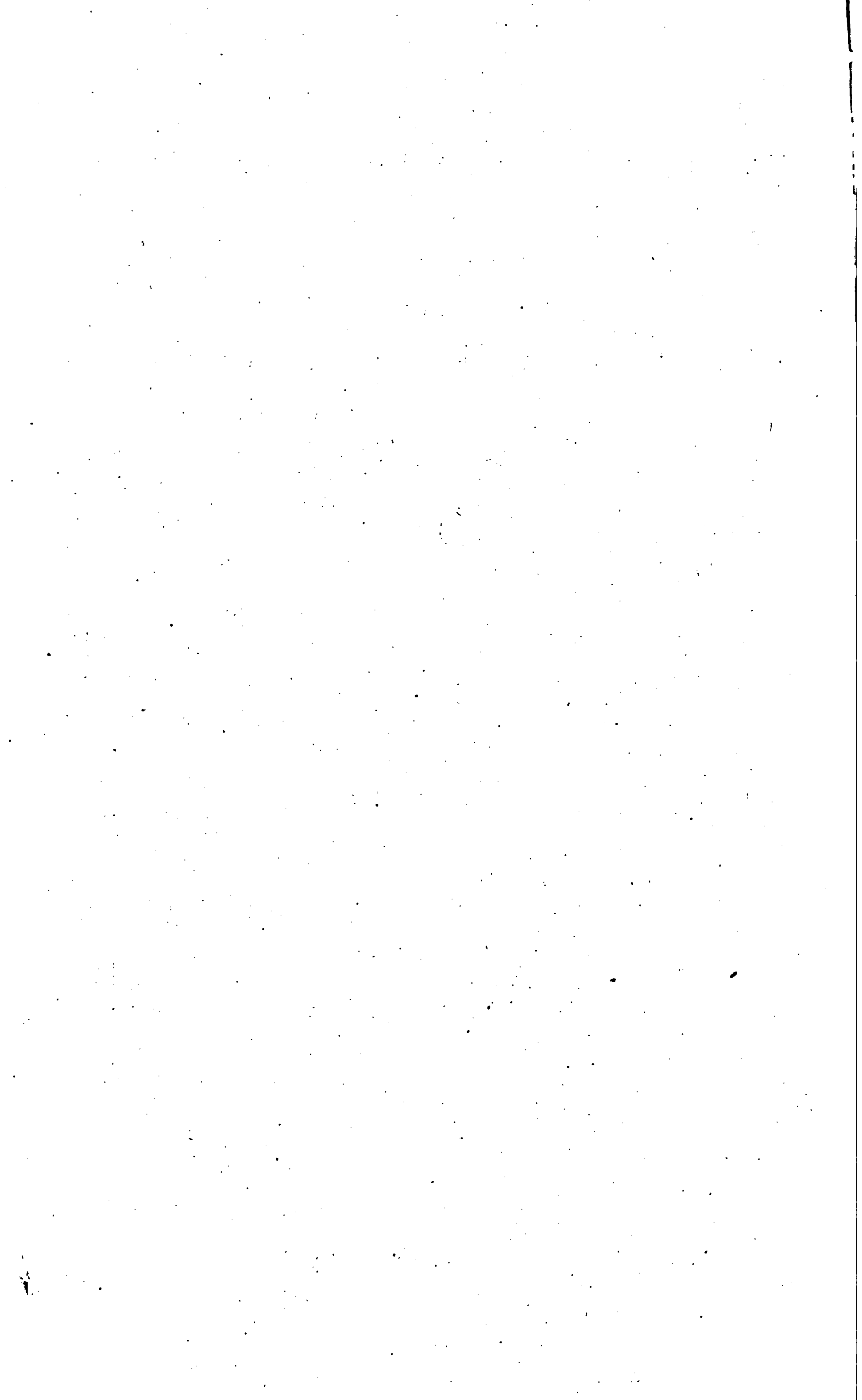


Das
Jus Offerendi
des
besseren Pfandgläubigers
nach
Römischem Rechte.

Eine civilistische Abhandlung
geschrieben
zur Erlangung der Erlaubniß
an der
Ruprecht-Carls-Universität zu Heidelberg
Vorlesungen zu halten
von

August Thon
Doctor Juris utriusque.

Heidelberg.
Buchhandlung von Bangel und Schmitt.
1863.



Das
Jus Offerendi
des
besseren Pfandgläubigers
nach
Römischem Rechte.

Eine civilistische Abhandlung
geschrieben
zur Erlangung der Erlaubniß
an der
Ruprecht-Carls-Universität zu Heidelberg
Vorlesungen zu halten
von

August Thon
Doctor Juris utriusque.

Heidelberg.
Buchhandlung von Bangel und Schmitt.
1863.

Der nachstehende Aufsatz ist seinem Inhalte nach einer Preisschrift entnommen, welche im Sommer 1861 von der Juristenfakultät zu Jena gekrönt ward und den Titel führte: exponatur de successione in locum creditoris pignoratitii secundum jus romanum. Wenn ich mich entschlossen habe, einen einzelnen Theil derselben für jetzt allein zu behandeln, so hat mich dazu hauptsächlich der Zweck dieser Abhandlung veranlaßt, der es mir angemessener erscheinen ließ, eine kleinere Materie des Civilrechts mit Sorgsamkeit zu erörtern, als ein umfangreiches Gebiet zu betreten, das nur zu voll ist von weitgehenden Controversen. Und es ermuthigte mich hierbei der Gedanke, daß die nochmalige Untersuchung einer Frage nicht ohne Interesse erscheinen möchte, welche bis zur jüngsten Zeit herab so viele Rechtslehrer beschäftigt und so verschiedenartige Lösungen gefunden hat.

Heidelberg, im October 1863.

Der Verfasser.

Inhalt.

§. 1.

Die Frage, ob das in den römischen Rechtsquellen dem nachstehenden Pfandgläubiger gegen den besseren gegebene Auskaufsrecht — von den Römern selbst bald als „offerendae pecuniae facultas“,[1] bald als „jus offerendae pecuniae“,[2] heutzutage aber ganz allgemein als „jus offerendi“ [3]) bezeichnet — auch umgekehrt dem besseren Pfandgläubiger den nachstehenden gegenüber gebühre, gehört seit langer Zeit zu den bestrittensten des Civilrechts. Zwar wird gewöhnlich angenommen [4]), daß sich die Meinungen in Betreff dieser Frage erst in unserem Jahrhundert getheilt hätten, indem mit Ausnahme weniger Dissentienten seit den Glossatoren die übereinstimmende Ansicht der Rechtslehrer das Auskaufsrecht

---

1) **Papinianus** in l. 2 de distractione pignorum (20, 5). —

2) **Papinianus** in l. 3 pr. de distractione pignorum (20, 5). — Außerdem findet sich noch „offerendi pecuniam potestas“ in c. 4 C. de his, qui in priorum creditorum (8, 19) nach dem codex bibliothecae Universitatis Lipsiensis Paulinae 884 und nach der editio Schoifferiana. —

3) Der Name findet sich schon bei **Azo** (summa aurea ad libr. VII C. tit. de praescription. XXX vel XL ann. 13), bei **Johannes** (Glosse: „offerre dibitum“ zu c. 7 §. 3 C. de praescript 7, 39), und **Accursius** (Glosse: „succesisti“ zu c. 3 C. de his qui in priorum 8, 19); Glosse: „opponere conatur“ zu c. 7 §. 3 C. de praescript. 7, 39). Doch hat **Accursius** auch „jus offerendi pecuniam“ (Glosse: „denuo“ zu l. 3 de distr. pign. 20, 5) und **Vivianus** „facultas offerendi pecuniam“ (Glosse „cum secundus“ zu l. 5 de distr. pign. 20, 5). Erst durch die Postglossatoren scheint der Name zu einem vollkommen technischen geworden zu sein; vgl. **Salycetus** in der „summa“ zu c. 10 C. qui potiores (8, 18) und zu c. 7 §. 3 C. de praescript. (7, 39); **Bartolus** in der „summa“ zu l. 11 §. 4 qui potiores (20, 4) und zu l. 7 pr. C. de praescript (7, 39); **Baldus** in der „summa“ zu c. 2 C si antiquior (8, 20). —

4) Vgl. z. B. **Zimmern** (s. Anm. 36), **Müller** (s. Anm. 37), **Bopp** (s. Anm. 38), **von Vangerow** (s. Anm. 62). —

sämmtlichen Pfandgläubigern gegeben habe, ohne Unterschied ihres Ranges und ihrer Stellung zu einander. Doch möchte diese Annahme auf einem Irrthume beruhen, und lediglich veranlaßt worden sein durch ein Nichtbeachten der verschiedenen Bedeutungen, die sich in Bezug auf das jus offerendi bei den älteren Schriftstellern finden.

Denn wie einmal die Leistung der Zahlung von Seiten des Schuldners von den Glossatoren an bis herab zu den Juristen des siebenzehnten und achtzehnten Jahrhunderts als Ausübung eines „jus offerendi“ bezeichnet und mit dem den Pfandgläubigern zustehenden Auskunftsrechte zusammengestellt wurde, so ward namentlich auch noch ein anderes Institut des römischen Rechts in den älteren Schriften allgemein jus offerendi benannt und durch dessen Verbindung und öftere Verwechselung mit dem Auskaufsrechte der Pfandgläubiger die ganze Lehre wesentlich verdunkelt und getrübt. Es ist dies die einem jeden Besitzer der verpfändeten Sache verliehene Befugniß, die hypothekarische Klage durch Angebot der Hauptschuld von sich abzuweisen; eine Befugniß, die sich in Voraussetzungen und Wirkungen wesentlich von dem den Pfangläubigern eingeräumten jus offerendi unterscheidet. Wir wollen kurz die abweichenden Punkte hervorheben.

Das Auskaufsrecht der Pfandgläubiger, auf einem besondern Rechtssatze beruhend [5]), ist nach beiden Seiten hin vom Besitze unabhängig [6]), doch nur unter Pfandberechtigten anwendbar. Vollzogen wird dasselbe nicht schon durch das Angebot der Zahlung allein, sondern erst mit der Annahme der letzteren von Seiten des andern Gläubigers, oder im Falle verweigerter Annahme, durch Consignation und Deposition der offerirten Summe [7]). Als Folge dieses Auskaufs erscheint völliger Eintritt des abfindenden Gläubigers hinsichtlich des Gezahlten oder Hinterlegten in der Rang und die Stellung des Abgefundenen. [8])

---

5) **Tryphoninus** in l. 12 §. 12 de captivis (49, 15): „— quasi ex obligatione quadam Constitutione inducta —“. —

6) **Paulus**, R. S. II, 13 §. 8. — c. 7 §. 3 C. de praescript (7, 39). —

7) c. 1 C. qui potiores (8, 18). —

8) **Marcianus**, in l. 12 §. 9 qui potiores (20, 4): „— loco — succedat —“; und in l. 5 pr. de distract. pig. (20, 5): „—in locum ejus

Ganz anders dagegen verhält es sich in Betreff der Oblation eines mit der hypothekarischen Klage Belangten. Voraussetzung, aber auch einzige Voraussetzung dieser Befugniß ist das Innehaben des verpfändeten Objectes. Ein jeder Besitzer [9]) kann sich dieser Oblation bedienen, mag er Eigenthümer sein, bonae oder malae fidei possessor, oder selbst Pfandgläubiger mit besserem [10]) oder schlechterem Rechte. Auch ist hier das bloße Zahlungsangebot vollkommen genügend. Denn mag nun die Annahme erfolgen oder nicht, jedenfalls wird in einem ihrer Theile die Einrede [11]) begründet: SI EA PECUNIA SOLUTA NON SIT — — — NEQUE PER A^m^ A^m^ STET QUOMINUS SOLVATUR.[12]) Auf der andern Seite bewirkt eine solche Oblation lediglich Abweisung der hypothekarischen Klage. Zwar kann die Annahme des Angebotenen von Seiten des Klägers für den Besitzer der verpfändeten Sache noch ein Retentionsrecht wider den später vindicirenden Pfandschuldner begründen [13]), unter Umständen auch das Gesuch um Cession der Klage dem befriedigten Pfandgläubiger gegenüber rechtfertigen [14]): von einem unmittelbaren Eintritt in das ganze Rechtsverhältniß des Letzteren ist jedoch nicht im entferntesten die Rede.

---

successerit — —". Paulus in l. 16 qui potiores (20, 4): „— — in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit." —

9) Paulus, libro V Responsorum, in l. 12 §. 1 quibus modis pignus (20, 6): „Qui pignoris jure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscunque possessor offerre vellet; neque enim debet quaeri de jure possessoris, quum jus petitoris removeatur soluto pignore." Ueber die Bedeutung des Wortes „qualiscunque" vgl. Cujacius, Observat. lib. XI c. 35 i. f. —

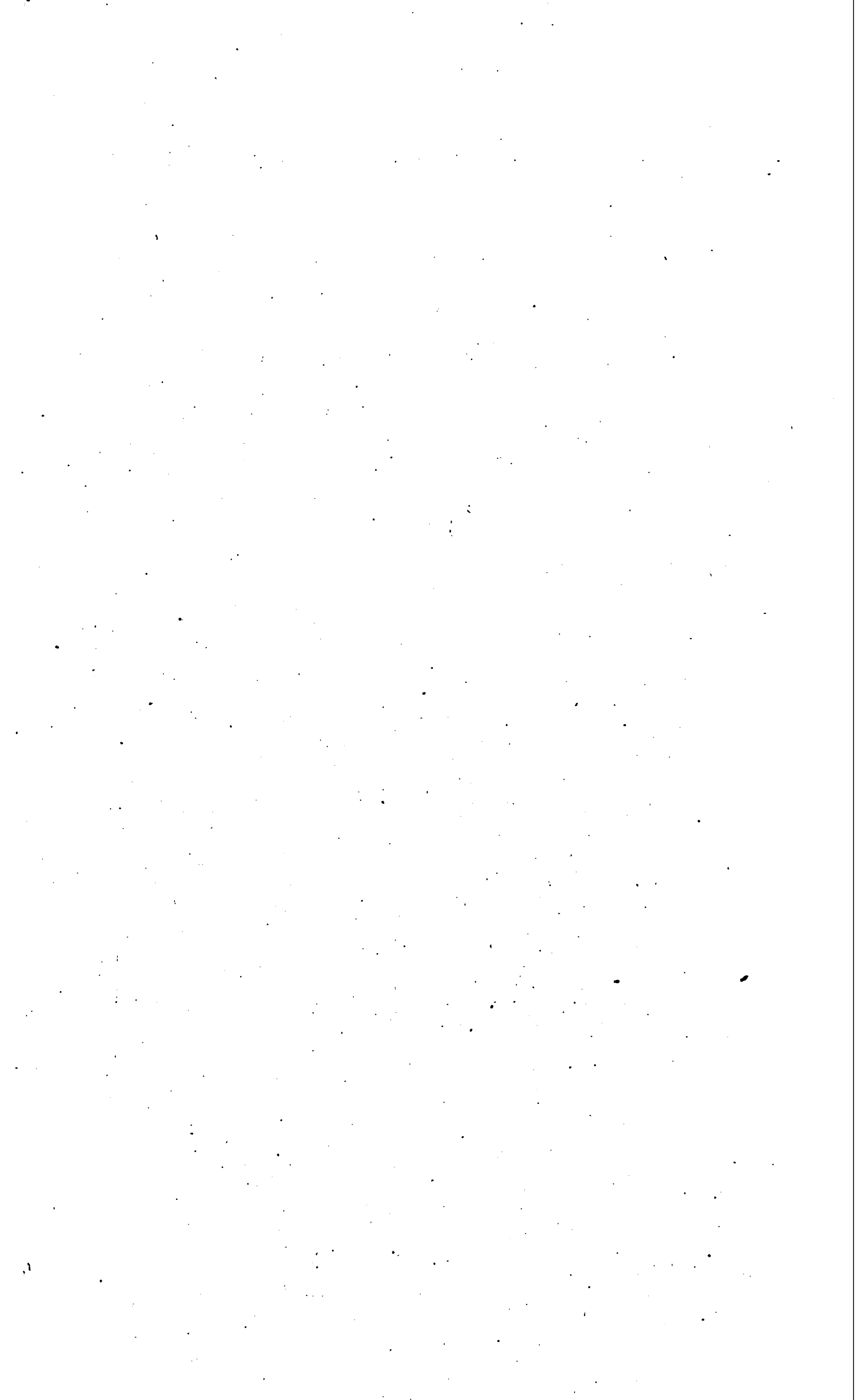
10) Gegen die abweichende Meinung von Sintenis, Pfandrecht, §. 47 S. 425 fg. — vgl. Bachofen, das römische Pfandrecht, XVI Absch., §. 9 S. 504. —

11) Vgl. „Zur Lehre von den in factum actiones" in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte II, S. 263 fg. —

12) Gaius, libro singulari de formula hypothecaria, in l. 11 §. 4 qui potiores (20, 4): „Si paratus est posterior creditor priori creditori solvere, quod ei debetur, videndum est, an competat ei hypothecaria actio, nolente priore creditore pecuniam accipere. Et dicimus, priori creditori inutilem esse actionem, quum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur." —

13) l. 65 pr. de R. V. (6, 1). —

14) l. 19 qui potiores (20, 4). —



Das

Jus Offerendi

des

besseren Pfandgläubigers

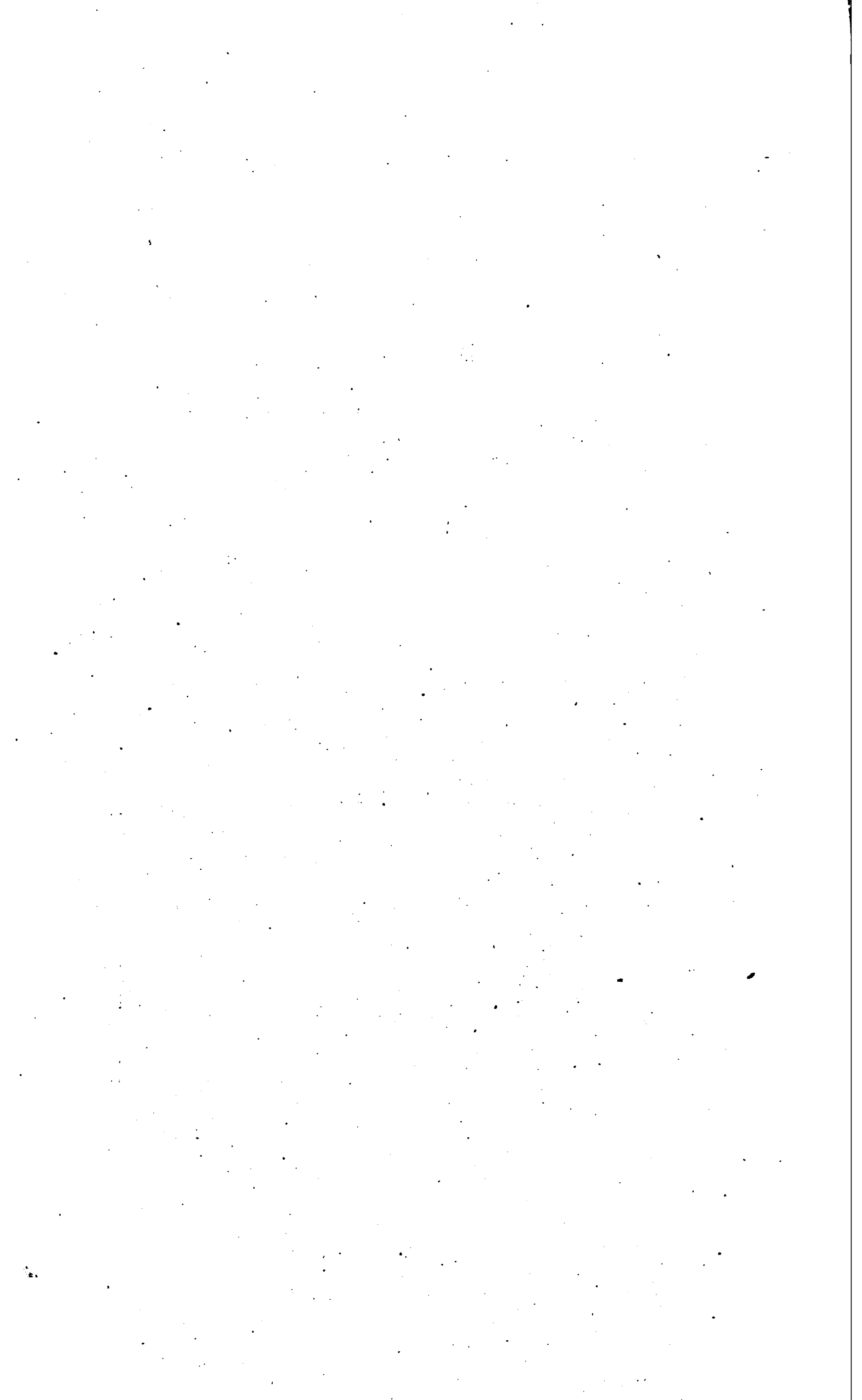
nach

Römischem Rechte.

Eine civilistische Abhandlung
geschrieben
zur Erlangung der Erlaubniß
an der
Ruprecht-Carls-Universität zu Heidelberg
Vorlesungen zu halten
von

August Thon
Doctor Juris utriusque.

Heidelberg.
Buchhandlung von Bangel und Schmitt.
1863.



Das

Jus Offerendi

des

besseren Pfandgläubigers

nach

Römischem Rechte.

Eine civilistische Abhandlung
geschrieben
zur Erlangung der Erlaubniß
an der
Ruprecht-Carls-Universität zu Heidelberg
Vorlesungen zu halten

von

August Thon
Doctor Juris utriusque.

Heidelberg.
Buchhandlung von Bangel und Schmitt.
1863.

Der nachstehende Aufsatz ist seinem Inhalte nach einer Preisschrift entnommen, welche im Sommer 1861 von der Juristenfakultät zu Jena gekrönt ward und den Titel führte: exponatur de successione in locum creditoris pignoratitii secundum jus romanum. Wenn ich mich entschlossen habe, einen einzelnen Theil derselben für jetzt allein zu behandeln, so hat mich dazu hauptsächlich der Zweck dieser Abhandlung veranlaßt, der es mir angemessener erscheinen ließ, eine kleinere Materie des Civilrechts mit Sorgsamkeit zu erörtern, als ein umfangreiches Gebiet zu betreten, das nur zu voll ist von weitgehenden Controversen. Und es ermuthigte mich hierbei der Gedanke, daß die nochmalige Untersuchung einer Frage nicht ohne Interesse erscheinen möchte, welche bis zur jüngsten Zeit herab so viele Rechtslehrer beschäftigt und so verschiedenartige Lösungen gefunden hat.

Heidelberg, im October 1863.

Der Verfasser.

Inhalt.

§. 1.

Die Frage, ob das in den römischen Rechtsquellen dem nachstehenden Pfandgläubiger gegen den besseren gegebene Auskaufsrecht — von den Römern selbst bald als „offerendae pecuniae facultas“,[1] bald als „jus offerendae pecuniae“,[2] heutzutage aber ganz allgemein als „jus offerendi“[3] bezeichnet — auch umgekehrt dem besseren Pfandgläubiger den nachstehenden gegenüber gebühre, gehört seit langer Zeit zu den bestrittensten des Civilrechts. Zwar wird gewöhnlich angenommen[4], daß sich die Meinungen in Betreff dieser Frage erst in unserem Jahrhundert getheilt hätten, indem mit Ausnahme weniger Dissentienten seit den Glossatoren die übereinstimmende Ansicht der Rechtslehrer das Auskaufsrecht

1) Papinianus in l. 2 de distractione pignorum (20, 5). —

2) Papinianus in l. 3 pr. de distractione pignorum (20, 5). — Außerdem findet sich noch „offerendi pecuniam potestas“ in c. 4 C. de his, qui in priorum creditorum (8, 19) nach dem codex bibliothecae Universitatis Lipsiensis Paulinae 884 und nach der editio Schoifferiana. —

3) Der Name findet sich schon bei Azo (summa aurea ad libr. VII C. tit. de praescription. XXX vel XL ann. 13), bei Johannes (Glosse: „offerre dibitum“ zu c. 7 §. 3 C. de praescript 7, 39), und Accursius (Glosse: „successisti“ zu c. 3 C. de his qui in priorum 8, 19); Glosse: „opponere conatur“ zu c. 7 §. 3 C. de praescript. 7, 39). Doch hat Accursius auch „jus offerendi pecuniam“ (Glosse: „denuo“ zu l. 3 de distr. pign. 20, 5) und Vivianus „facultas offerendi pecuniam“ (Glosse „cum secundus“ zu l. 5 de distr. pign. 20, 5). Erst durch die Postglossatoren scheint der Name zu einem vollkommen technischen geworden zu sein; vgl. Salycetus in der „summa“ zu c. 10 C. qui potiores (8, 18) und zu c. 7 §. 3 C. de praescript. (7, 39); Bartolus in der „summa“ zu l. 11 §. 4 qui potiores (20, 4) und zu l. 7 pr. C. de praescript (7, 39); Baldus in der „summa“ zu c. 2 C si antiquior (8, 20). —

4) Vgl. z. B. Zimmern (s. Anm. 36), Müller (s. Anm. 37), Bopp (s. Anm. 38), von Vangerow (s. Anm. 62). —

sämmtlichen Pfandgläubigern gegeben habe, ohne Unterschied ihres Ranges und ihrer Stellung zu einander. Doch möchte diese Annahme auf einem Irrthume beruhen, und lediglich veranlaßt worden sein durch ein Nichtbeachten der verschiedenen Bedeutungen, die sich in Bezug auf das jus offerendi bei den älteren Schriftstellern finden.

Denn wie einmal die Leistung der Zahlung von Seiten des Schuldners von den Glossatoren an bis herab zu den Juristen des siebenzehnten und achtzehnten Jahrhunderts als Ausübung eines „jus offerendi“ bezeichnet und mit dem den Pfandgläubigern zustehenden Auskunftsrechte zusammengestellt wurde, so ward namentlich auch noch ein anderes Institut des römischen Rechts in den älteren Schriften allgemein jus offerendi benannt und durch dessen Verbindung und öftere Verwechselung mit dem Auskaufsrechte der Pfandgläubiger die ganze Lehre wesentlich verdunkelt und getrübt. Es ist dies die einem jeden Besitzer der verpfändeten Sache verliehene Befugniß, die hypothekarische Klage durch Angebot der Hauptschuld von sich abzuweisen; eine Befugniß, die sich in Voraussetzungen und Wirkungen wesentlich von dem den Pfangläubigern eingeräumten jus offerendi unterscheidet. Wir wollen kurz die abweichenden Punkte hervorheben.

Das Auskaufsrecht der Pfandgläubiger, auf einem besondern Rechtssatze beruhend [5]), ist nach beiden Seiten hin vom Besitze unabhängig [6]), doch nur unter Pfandberechtigten anwendbar. Vollzogen wird dasselbe nicht schon durch das Angebot der Zahlung allein, sondern erst mit der Annahme der letzteren von Seiten des andern Gläubigers, oder im Falle verweigerter Annahme, durch Consignation und Deposition der offerirten Summe [7]). Als Folge dieses Auskaufs erscheint völliger Eintritt des abfindenden Gläubigers hinsichtlich des Gezahlten oder Hinterlegten in der Rang und die Stellung des Abgefundenen. [8])

---

5) Tryphoninus in l. 12 §. 12 de captivis (49, 15): „— quasi ea obligatione quadam Constitutione inducta —“. —

6) Paulus, R. S. II, 13 §. 8. — c. 7 §. 3 C. de praescript (7, 39). —

7) c. 1 C. qui potiores (8, 18). —

8) Marcianus, in l. 12 §. 9 qui potiores (20, 4): „— loco — succedat —“; und in l. 5 pr. de distract. pig. (20, 5): „—in locum ejus

Ganz anders dagegen verhält es sich in Betreff der Oblation eines mit der hypothekarischen Klage Belangten. Voraussetzung, aber auch einzige Voraussetzung dieser Befugniß ist das Innehaben des verpfändeten Objectes. Ein jeder Besitzer [9]) kann sich dieser Oblation bedienen, mag er Eigenthümer sein, bonae oder malae fidei possessor, oder selbst Pfandgläubiger mit besserem [10]) oder schlechterem Rechte. Auch ist hier das bloße Zahlungsangebot vollkommen genügend. Denn mag nun die Annahme erfolgen oder nicht, jedenfalls wird in einem ihrer Theile die Einrede [11]) begründet: SI EA PECUNIA SOLUTA NON SIT — — — NEQUE PER A^m A^m STET QUOMINUS SOLVATUR. [12]) Auf der andern Seite bewirkt eine solche Oblation lediglich Abweisung der hypothekarischen Klage. Zwar kann die Annahme des Angebotenen von Seiten des Klägers für den Besitzer der verpfändeten Sache noch ein Retentionsrecht wider den später vindicirenden Pfandschuldner begründen [13]), unter Umständen auch das Gesuch um Cession der Klage dem befriedigten Pfandgläubiger gegenüber rechtfertigen [14]): von einem unmittelbaren Eintritt in das ganze Rechtsverhältniß des Letzteren ist jedoch nicht im entferntesten die Rede.

---

successerit — —". Paulus in l. 16 qui potiores (20, 4): „— — in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit." —

9) Paulus, libro V Responsorum, in l. 12 §. 1 quibus modis pignus (20, 6): „Qui pignoris jure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscunque possessor offerre vellet; neque enim debet quaeri de jure possessoris, quum jus petitoris removeatur soluto pignore." Ueber die Bedeutung des Wortes „qualiscunque" vgl. Cujacius, Observat. lib. XI c. 35 i. f. —

10) Gegen die abweichende Meinung von Sintenis, Pfandrecht, §. 47 S. 425 fg. — vgl. Bachofen, das römische Pfandrecht, XVI Absch., §. 9 S. 504. —

11) Vgl. „Zur Lehre von den in factum actiones" in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte II, S. 263 fg. —

12) Gaius, libro singulari de formula hypothecaria, in l. 11 §. 4 qui potiores (20, 4): „Si paratus est posterior creditor priori creditori solvere, quod ei debetur, videndum est, an competat ei hypothecaria actio, nolente priore creditore pecuniam accipere. Et dicimus, priori creditori inutilem esse actionem, quum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur." —

13) l. 65 pr. de R. V. (6, 1). —

14) l. 19 qui potiores (20, 4). —

Dies sind im wesentlichen die unterscheidenden Merkmale beider Rechtsinstitute. Halten wir nun diese Verschiedenheiten fest, wenn wir die Ansichten der älteren Schriftsteller prüfen, so leuchtet ein, daß überall, wo dem besseren Pfandgläubiger ein jus offerendi lediglich als Besitzer der verpfändeten Sache gewährt wird, in dem doppelsinnigen Worte nur das Oblationsrecht eines jeden Pfandinhabers verstanden werden kann; so daß gerade in diesem Zugeständniß des an den Besitz gebundenen Oblationsrechtes die Absprechung des eigentlichen jus offerendi erblickt werden muß, welches unabhängig ist vom Besitze der verpfändeten Sache.

Nachdem wir diese Bemerkungen vorausgeschickt, können wir uns zu der Dogmengeschichte unserer Frage wenden.

Was zunächst die Glossatoren betrifft, so hat Placentinus [15]) zuerst dem besseren Pfandgläubiger das jus offerendi ausdrücklich abgesprochen. Auch Johannes Bassianus [16]) und Azo [17]) scheinen diese Meinung zu theilen und ebenso die Accursische Glosse [18]). Mit Unrecht wird daher die letztere stets als Begründerin der entgegengesetzten Ansicht angeführt [19]).

---

15) Glosse „debitum paratus est" zu c. 7 §. 8 C. de praescript (7, 39): „P. dicit, non memini me legisse, priorem creditorem jus offerendi habere." Vgl. Anm. 20. —

16) Ebend.: „— Sed certe ego legi, qualemcunque possessorem posse offerre, secundum Joan." Acc. —

17) Azonis summa aurea in libr. VIII C. qui potiores in pign. hab. — An anderm Orte (zu tit. C. de praescr. XXX vel XL ann.) sagt Azo zwar: „— et ideo debet ei" (sc. debitori) „praescribi, sicuti praescribitur creditori secundo contra primum vel primo contra secundum." Doch scheint Azo mit diesen Worten doch nur an das Oblationsrecht eines jeden Pfandbesitzers gedacht zu haben; vgl. Glosse „solvatur" zu l. 11 §. 4 qui potiores (20, 4). —

18) Vgl. Anm. 15 und 16. — Glosse „solverit" zu c. 1 C. qui potiores (8, 18): „Sed quid, si prior creditor possideat? Respondetur, et ipse poterit secundo offerre, ut ipse sibi retineat pignus. Nam et quilibet extraneus hoc posset." Acc. — Auch liegt in der Glosse „compelli non potest" zu c. 5 C. qui potiores (8, 18) „— si tamen vult, potest" — kein anderer Gedanke, da zur Erklärung derselben die Glosse „solverit" angezogen wird. —

19) J. W. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, VI Theil, 1. Abth. Greifswald 1837, S. 193. —

Ebenso sprechen auch die Theoretiker nach Accursius [20]) und später die Rechtslehrer von Perugia [21]) nur von dem jus offerendi der nachstehenden Pfandgläubiger.

Der erste, der das vom Besitz der Pfandsache unabhängige Auskaufsrecht auch dem besseren Pfandgläubiger zugestand, war Antonius Negusantius [22]). Obschon jedoch diese Ansicht von Einzelnen [23]) angenommen und später wieder ausführlich von Crusius [24]) entwickelt wurde, fand sie dennoch bis zum 18. Jahrhundert keinen rechten Anklang. Die große Mehrzahl der Juristen beschränkte entweder stillschweigend das jus offerendi auf die nachstehenden Pfandgläubiger [25]), oder schrieb dem bessern ausdrücklich nur das unächte Oblationsrecht zu [26]).

---

20) Z. B. Odofredi super Justiniano codice lectura ad c. 7 C. de praescr. (7, 39): „— eritne idem, si primus creditur possidet et vellet offerre? Dixit Pla.: hanc quaestionem non memini me legisse, quum primus offerat posteriori, sed quum posterior priori. Sed ipse reminisci — — — — — Sicut enim si primus agit contra secundum potest offerre, ita si secundus agit contra primum, potest dicere dum: sum prior; item potest dicere: accipe debitum." —

21) Bartolus de Saxoferrato: Summa zu l. 11 §. 4 qui potiores (20, 4); — summa zu c. 1 C. qui potiores (8, 18). — Einige Schwierigkeit können die dunkeln Worte des Baldus bereiten: „— nec eidem de indemnitate cavetur; sicut nec priori offerenti in hypothecaria" in der summa zu l. 28 fam. ercisc. (10, 2). — Siehe auch Salycetus, summa zu c. 7 §. 3 C. de praescript. (7, 38). —

22) Anton. Negusantius, tractat. de pign. et hypothecis, pars V, membr. 3, no. 19 (ed. quarta Col. Agrip. 1653, p. 494). —

23) Z. B. Franciscus Connanus, comm. juris libr. IV, c. 18 (Basil. 1557, p. 461). — Von Bopp (Anm. 38) wird auch Merlinus, tract. de pign. et hypoth. l. IV, t. 2 quaest. 56 genannt. —

24) Jac. Andreas Crusius, de jure offerendi, Bremae 1661, c. VIII, no. 1. p. 60 sq. —

25) Z. B. Franc. Balduinus, de pign. et hypoth. c. 19 (in Heineccii Jurisprudentia Romana et Attica, Lugd. Batav. 1738 p. 311). — Hug. Donelli tract. de pign. et hypoth. (in comment. de jure civili ed. VI Norimb. 1833 vol. XV), u. v. A. —

26) Jacob. Cujacius, ad Paul. S. R. II, 13 §. 8: „Prior quoque posteriori non prohibetur pecuniam offerre licet in pignore potior sit, ut possessionem retineat." Mit Unrecht wird daher Cujacius als Vorkämpfer der andern Ansicht angeführt, z. B. von Glück, Ausf. Erläuterung der

Erst im 18. Jahrhundert gewann die Ansicht des Negusantius mehr und mehr an Vertretern. So wurde sie in Dissertationen von Beck [27]) und Berghoff [28]) vertheidigt; und in den Monographien über das Pfandrecht von Westphal [29]) und Erxleben [30]) gelehrt. Andernseits fehlte es nicht an solchen, die der alten Lehre treu blieben und dem bessern Pfandgläubiger das jus offerendi entschieden versagten; vorzüglich sind hier Leyser [31]) und Becmann [32]) zu nennen. Die Lehrbücher dieser Zeit schwanken zwischen der einen und andern Ansicht und es läßt sich kaum entscheiden, welche Meinung als die damals herrschende angesehen werden kann [33]).

Die lebhafteste Discussion hat unsere Frage jedoch in diesem Jahrhundert hervorgerufen. Denn nachdem Glück [34]) das jus

Pandekten, XIX Bd. §. 1097 not. 60, S. 355; Bopp (s. Anm. 38), Valett (s. Anm. 52) u. A. — Dionysius Gothofredus zu c. 5. C. qui potiores (8, 18): „Potest tamen offerre, ut possessionem retineat."

27) Arnold. Henricus de Moeller, praes. Casp. Achat. Beckio, dissert. inauguralis de successione creditorum, Jenae 1731 §. 18 p. 27. —

28) Eberh. Berghoff, diss. inaugur. de success. hypoth. Goett. 1744, §. 33. p. 36. —

29) Ernst Christian Westphal, Versuch einer systemat. Erläuterung der sämmtlichen Römischen Gesetze vom Pfandrecht, §. 176 not. 194 (2. Ausg. Leipzig 1791 S. 266).

30) Joann. Henr. Christ. Erxleben principia de jure P. et H., Goett. 1779 §. 253 p. 188. —

31) Aug. a Leyser, medit. ad Pandectas, vol. IV, spec. 231 med. 6 (ed. III, Lips. 1776): „posterior creditor jus offerendi habet, non prior, nisi hic in possessione sit." Mit Unrecht wird dagegen auch Leyser für die entgegengesetzte Ansicht angezogen von Glück a. a. O., Bopp (s. Anm. 38), Valett (s. Anm. 52) und Anderen. —

32) Petrus Manecke, praeside Just. Bernh. Becmann, dissert. inauguralis de success. creditoris in alterius et sui ipsius locum, Goett. 1781, §. 17 p. 37. —

33) Für das römische Recht erkennen das jus offerendi des besseren Pfandgläubigers an: Joann. Thadd. Müller, Mannh. 1785 §. 470 p. 425: „Quae Paulus habet lib. 2 tit. 13 rec. sent. in foro non obtinent." — Christ. Gottl. Haubold, de jure offerendi §. 2 (opusc. academica ed. Wenk, vol. I, Lipsiae 1825 p. 575). —

34) Chr. Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, XIX Theil, 1 Abth. §. 1097 S. 355 fg. — Unrichtig wird Glück von von

offerendi allen Pfandgläubigern ohne Unterschied zugesprochen hatte, mehr jedoch, wie es scheint, durch mißverstandene Aussprüche älterer Juristen [35]), als durch innere Gründe bewogen, erhob sich Zimmern [36]), um das Auskaufsrecht dem besseren Pfandgläubiger gänzlich zu bestreiten. Damit war das Zeichen zu einer lebhaften literarischen Fehde gegeben. Gegen Zimmern trat zuerst Müller [37]) auf, dem kurz nachher Bopp [38]) folgte, während auf der andern Seite Linde [39]) die Ansicht Zimmerns in Schutz nahm, und, seinerseits angegeriffen [40]), nochmals zur Vertheidigung schritt [41]).

Seit dieser Zeit zeigt sich eine eigenthümliche Erscheinung. Fast Alle, die unsere Frage allein oder im Zusammenhange mit der ganzen Lehre von der hypothekarischen Succession eingehender behandeln, bestreiten im Anschluß an die Zimmernsche Ansicht das jus offerendi des besseren Pfandgläubigers. So namentlich Fritz [42]), Sintenis [43]), Gesterding [44]), Bachofen [45]). Hiervon

Wening-Jugenheim (Lehrbuch des Gem. Civilrechts, 1te Ausg. 1822—1825 §. 163 S. 331; 5te Ausg. 1ter Band 1837 §. 181 S. 447 Note f.) durchgängig als Vertheidiger der entgegenstehenden Ansicht genannt. —

35) Vgl. Anm. 26 und 31. —

36) S. W. Zimmern, Beiträge zur Lehre vom Pfandrechte §. 4, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß I, Gießen 1828 S. 53. —

37) Müller, Beiträge zur Lehre vom Pfandrechte, 2; im Archiv für die civilistische Praxis XI, Heidelberg 1828 S. 386. — Civ. Abh. S. 54 fg. —

38) Bopp, Beitrag zur Beantwortung der Frage, wozu dient dem bevorzugten Pfandgläubiger das jus offerendi? in der Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht von Roßhirt, I, Heidelberg 1831, S. 375. — Bopp, Ueber die Veräußerungsbefugniß des nachstehenden Pfandgläubigers §. 10, in dem Archiv für die civilistische Praxis XV, Heidelberg 1832 S. 380. — Falsch wird „Bopp, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß III, N. 12 S. 234" citirt in der Allgemeinen Literaturzeitung vom April 1835 No. 72 S. 570 unter h. —

39) Linde, „Beiträge zur Lehre von der hypothekarischen Succession", in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, V, Gießen 1823 no. XX, S. 290. —

40) Schunk, Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen Literatur XIX Bd. S. 118 fg.; vgl. auch XVII Bd. S. 113. —

41) Linde, „Nachtrag zu den Beiträgen zur Lehre von der hypothekarischen Succession", in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, VI, no. V, S. 215. —

42) Fritz, Erläuterungen zu Wening, I Bd. Freiburg 1834, S. 529. —

43) Sintenis, Pfandrecht, Halle 1836 S. 413. — Auch: das praktische Gem. Civil-Recht I Bd. Leipzig 1844, §. 73 S. 628 not. 10. —

44) Siehe Anmerkung 19. —

45) Bachofen, das römische Pfandrecht, I Bd. Basel 1847 S. 504. —

macht nur Schmid [46]), der jüngste Bearbeiter der Lehre, eine Ausnahme.

Umgekehrt hat sich die entgegengesetzte Ansicht, namentlich auf Glück's Autorität hin, in den bei weitem meisten Lehrbüchern dieses Jahrhunderts eingebürgert. So bei Mackeldey [47]), Schweppe [48]), Wening-Ingenheim [49]), Mühlenbruch [50]), Seuffert [51]); dann bei Valett [52]), Schilling [53]), Goeschen [54]) und Roßhirt [55]); ebenso in den neueren Lehrbüchern von Brinz [56]) und von Keller [57]). Auch Thibaut [58]), Puchta [59]), Holzschuher [60]), und Arndts [61]) scheinen sich zu

46) Albert Schmid, die Grundlehren der Cession, 1. Theil, Braunschweig 1863, §. 33 S. 311 fg. —

47) Mackeldey, Lehrbuch des heut. röm. Rechts, zuerst Gießen 1814; 10te Ausg. Gießen 1833, II Bd. §. 324 S. 162. —

48) Schweppe, das röm. Privatrecht, zuerst Altona 1814; 4te Ausgabe. Gött. 1828, II Bd. §. 367 S. 337. —

49) von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts, zuerst München 1822—1825 §. 163 S. 331; 5te Aufl. I Bd. München 1837 §. 181 Not. f. S. 447. —

50) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandenktenrechts 3te Aufl. Halle 1836 II Theil §. 324 S. 228. — Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 3 Aufl., Greifswald 1836, §. 45 Anm. 571 S. 483. —

51) Seuffert, praktisches Pandektenrecht, 3te Aufl. Würzburg 1852, §. 219 S. 310. —

52) Valett, ausf. Lehrbuch des Pandektenrechts, I Bd. Leipzig 1828, §. 368 S. 298. —

53) Schilling, Lehrbuch f. Instit. und Geschichte des röm. Privatrechts, Leipzig 1837, II Bd. §. 222, S. 743. —

54) Goeschen, Vorlesungen über d. gem. Civilrecht, herausg. von Errleben, II Bd. Goett. 1839, §. 335 S. 398. —

55) Roßhirt, gem. deutsches Civilrecht, Heidelberg 1840, 2ter Theil §. 326 S. 231. —

56) Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Erlangen 1857, S. 347. —

57) v. Keller, Pandekten, herausg. von Friedberg, Leipzig 1861 S. 408.—

58) Thibaut, System des Pandektenrechts, zuerst Jena 1803 §. 654; 8te Aufl. Jena 1834 II Bd. §. 800 S. 222. —

59) Puchta, Pandekten, zuerst Leipzig 1838 §. 195 a. E.; 8te Auflage. Leipzig 1856 §. 213 S. 325. —

60) Freih. von Holzschuher, Theorie und Casuistik, II Bd. Leipzig 1845, Kap. V, §. 5 S. 452. —

61) Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 4te Aufl., München 1861, §. 388, Anm. 2 S. 613. —

dieser Ansicht zu neigen, und Vangerow [62]) endlich hat dieselbe stets in eingehender Weise vertheidigt [63]).

Als Vertreter der andern Ansicht sind nur Wenige zu nennen. Bei Marezoll [64]) kann es noch zweifelhaft sein, ob er der Zimmernschen Ansicht folgt; entschieden dafür erklären sich nur Boecking [65]) und Windscheid [66]).

Sonach kann die Lehre des Negusantius heutzutage als die herrschende gelten. Daß sie auch die in den Rechten begründete und den praktischen Bedürfnissen am meisten entsprechende ist, das werden wir in den folgenden Paragraphen zu zeigen versuchen.

---

§. 2.

Ehe wir uns jedoch zu dem Beweise selbst wenden, daß das jus offerendi nach römischem Rechte allen Pfandgläubigern ohne Unterschied ihres Ranges zustehe, wollen wir erst die Frage zu beantworten versuchen, ob dasselbe in der That im Stande sei, auch dem besseren Pfandgläubiger, unter Umständen wenigstens, einigen Nutzen zu gewähren. Denn wenn die Ausübung des jus offerendi von Seiten des besseren Gläubigers, wie von den Gegnern zum öfteren behauptet wird [67]), wirklich und zu jeder Zeit als eine sinn=

---

62) von Vangerov, Lehrbuch der Pandekten, 7te Aufl. Marburg und Leipzig 1863 §. 377 I Band S. 852. —

63) Vgl. auch noch von Löhr, „Ueber die Rechte mehrerer Pfandgläubiger", im Archiv für die civilistische Praxis XVI, Heidelberg 1831 S. 170: „— Der frühere Pfandgläubiger, falls er es nicht vorzieht, den späteren Gläubiger abzufinden — —". Falsch wird daher von Löhr in der Allgem. Literaturzeitung vom April 1835 no. 72 S. 570 unter h für die gegentheilige Ansicht angeführt. —

64) Marezoll, Lehrbuch der Institutionen, 7te Aufl. Leipzig 1862 §. 116 S. 299. —

65) Boecking, Pandekten, 4te Ausg. Bonn 1852, §. 108 Anm. d, S. 102. —

66) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Düsseldorf 1862, 1ter Bd., §. 233b Anm. 14 S. 611. —

67) Z. B. von: Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, VI Theil, 1te Abth. S. 194. — Zimmern, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß I, S. 53. —

lose Handlung angesehen werden müßte, so würde es wohl vergeblich sein, in den römischen Quellen nach einer Bestätigung unseres Satzes zu suchen; denn die Entscheidung unserer Frage hätte dann nicht den geringsten praktischen Werth.

Die Vertheidiger der jetzt herrschenden Lehre haben dies auch stets mit richtigem Takte gefühlt und daher zunächst mannichfache Fälle und Lagen auszusinnen gesucht, in denen das jus offerendi auch für den besseren Pfandgläubiger als vortheilhaft erscheinen könnte. Und doch möchten wir auf die bisherigen Resultate dieser Untersuchungen kein großes Gewicht legen. Denn bald sind die behaupteten Vortheile rein imaginär, bald doch nur zufälliger Natur und ohne inneren Zusammenhang mit der Bestimmung des jus offerendi; bald endlich sind bei diesen Aufstellungen durchaus moderne Anschauungen in das römische Rechtsleben übertragen worden, welche dem letzteren vollständig fremd sind. Wir wollen die hauptsächlichsten dieser vermeintlichen Vortheile hervorheben.

Zunächst wird hier stets der große Nutzen erwähnt [68]), den das jus offerendi in Folge des Gordianischen Rescriptes [69]) auch für den ersten Pfandgläubiger haben könne. Denn wenn, so sagt man, ein nachstehender Pfandgläubiger im Besitze der verpfändeten Sache ist, der bessere Gläubiger aber diesen Besitz zu erlangen wünscht, um sich dadurch auch wegen bloß chirographarischer Forderungen gegen den Pfandschuldner zu decken, so ist die Ausübung des jus offerendi der sicherste Weg dazu. Wollte nämlich der bessere Pfandgläubiger einfach die hypothekarische Klage erheben, so würde er durch Oblation der ihm unter Pfandgabe geschuldeten Summe abgewiesen werden und seinen Zweck, den Besitz der verpfändeten Sache, nicht erreichen.

Nun wollen wir außer Acht lassen, daß diese Retentionsbefugniß, welche der Besitz der verpfändeten Sache verleiht, dem Gläubiger doch nur zufälligerweise Vortheile bietet, und keinerlei Zusammenhang hat mit dem Zwecke des jus offerendi; auch wollen wir nicht betonen, daß dies Retentionsrecht erst zu einer Zeit gegeben

---

68) J. B. Müller, Beiträge u. s. w., in dem Archive für die civilistische Praxis, Bd. XI. S. 391; Schunk, Jahrbücher XIX., S. 123; Schmid, Cession, S. 313. —

69) c. unica C. etiam ob chirographariam pecuniam (8, 27). —

wurde, als die gesammte Theorie des jus offerendi bereits ausgebildet war: denn der ganze Satz, daß das Auskunftsrecht im Stande sei, dem Gläubiger den Besitz der verpfändeten Sache zu vermitteln, erweist sich als trügerisch bei genauer Betrachtung.

Es ist wahr, der nachstehende Pfandgläubiger kann die hypothekarische Klage des besseren Gläubigers durch Zahlungsangebot vereiteln. Doch wird ganz übersehen, daß dies Recht dem Besitzer als solchem verbleibt, gleichviel ob derselbe seine Eigenschaft als Pfandgläubiger durch das von dem besseren ausgeübte jus offerendi verloren hat oder nicht. Denn klagt nun der Letztere, sei es kraft seines ursprünglichen, oder auf Grund des durch den Auskauf neu erworbenen Rechtes, immer wird die also angestellte Klage von dem Besitzer durch Oblation abgewendet werden können und es hat der Pfandgläubiger kein Mittel, gegen den Willen des Inhabers die verpfändete Sache zu erlangen.

Ist dagegen der bessere Pfandgläubiger selbst im Besitze der verpfändeten Sache und wünscht er wegen eines weiteren Guthabens gegen den Verpfänder diesen Besitz zu bewahren, so wird er hierin durch seine Priorität im Pfandrecht und durch die Oblationsbefugniß des Inhabers hinlänglich geschirmt. Gestützt auf diese Berechtigung braucht er weder die hypothekarische Klage, noch auch das Auskaufsrecht der nachstehenden Gläubiger zu fürchten, denn auch nach geschehenem Auskaufe kann er als Besitzer die Serviana actio der nachstehenden Pfandgläubiger durch Oblation der ihnen ursprünglich geschuldeten und der ihm selbst zur Abfindung gezahlten Summe entkräften.

Zur Erlangung des Besitzes ist sonach das jus offerendi kein genügendes Mittel und zur Festhaltung desselben kein Erforderniß; und so sichert es dem besseren Pfandgläubiger das Retentionsrecht in keiner Weise.

Ebenso wenig Realität haben die weiteren Vortheile, die man gewöhlich für den ersten Pfandgläubiger in der Ausübung des jus offerendi erblickt. Denn weder der Wunsch des Gläubigers, daß an der ihm verpfändeten Sache kein Anderer eine Hypotheke erhalte [70]), noch auch das Verlangen desselben, noch

70) Siehe Glück, Ausf. Erläut. d. Pandekten, § 1097, XIX. Bd. S. 358. —

weitere Summen im Betrag der Forderung des schlechteren Hypothekargläubigers mit dessen Rechten auf die Pfandsache anzulegen[71]), haben gewiß bei den Römern Beachtung und in den Rechten Ausdruck gefunden. Weiter ist auch der fernere Nutzen, den das jus offerendi dem besseren Pfandgläubiger gewähren soll[72]) — daß letzterer nämlich durch die Ausübung desselben selbst dem Auskaufe entgeht und die Unannehmlichkeit vermeidet, andere Gelegenheit zur Anlage seines Geldes suchen zu müssen — nur in unserer heutigen Denkweise begründet, dem römischen Rechtsleben jedoch völlig fremd. Die Römer haben in der Zulassung des jus offerendi überhaupt keine Beeinträchtigung der abzufindenden Gläubiger gefunden, wie die Neueren die Sachlage öfters auffassen[73]), sondern denselben vielmehr eine neue Möglichkeit zu bieten geglaubt, das ihnen Zukommende zu erlangen. Nicht im Ausgekauftwerden sehen sie den Nachtheil und die Gefahr für den Gläubiger, sondern im Nichtwiedererlangen der creditirten Summe, und so glaubten sie gerade mit dem Zulassen des jus offerendi auch den Interessen der abzufindenden Gläubiger am meisten zu entsprechen.[74])

Endlich verdient auch der letzte Grund, den Bopp erwähnt[75]), um das Interesse des vorstehenden Pfandgläubigers am jus offe-

---

71) Siehe Linde, Beiträge u. s. w., in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. V, S. 297 Anm. 1. —

72) Bopp, Beitrag zur Beantwortung u. s. w., in der Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht, I, S. 381. —

73) Namentlich Joh. Voët, comment. ad Pand., libr. XX, tit. IV, Nr. 35 „(jus offerendi habet) — iniquitatem, cum summa prudentia ac providentia creditori anteriori quaesitum pignoris jus, in crediti et usurarum securitatem, eidem auferebatur, atque ita, quo quis felicius sibi de hypotheca sufficiente prospexerat, eo facilius per factam a creditore posteriore oblationem depellebatur, non sibi, sed aliis vigilando prospiciens."

74) Ulpianus, libro III de officio Consulis, in l. 15 § 5 de re judicata (42, 1): — „Nec videtur deterior conditio creditoris fieri, suum consecuturi, nec prius jus pignoris dimissuri, quam si ei fuerit satisfactum." —

75) Bopp, a. a. O.: „denn er kann dabei interessirt sein ————————, weil er durch Festhaltung des status quo den Schuldner gegen die großen Nachtheile schützen will, welche Folgen der Veräußerung" (nämlich von Seiten eines nachstehenden Gläubigers) „des Unterpfandes sind." —

rendi zu erweisen, keine weitere Beachtung, da er jeder juristischen Basis entbehrt; und der Vortheil, den Glück [76]) aus der von ihm construirten Sachlage für den offerirenden besseren Pfandgläubiger herleitet, ist rein illusorisch.

Und doch war das jus offerendi geeignet, unter Umständen auch dem besseren Pfandgläubiger wesentliche Vortheile zu gewähren. Es konnte ihm nämlich Befriedigung nach beiden Richtungen hin verschaffen, indem es ihm bald den Fruchtgenuß, und bald den Pfandverkauf ermöglichte. Betrachten wir zunächst die erstere Eventualität. [77])

1) Wie bei der fiducia das Eigenthum, so wird bei dem Besitzpfand der Besitz von dem Verpfänder auf den Pfandgläubiger übertragen. Daraus ergibt sich, daß der Verpfänder wirklich aufhört zu besitzen [78]), und daß der Pfandgläubiger fortan als einziger Besitzer dasteht. [79]) Da jedoch nur der Besitz, nicht auch das Eigenthum übertragen wird, dieses letztere vielmehr nach der übereinstimmenden Ansicht beider Contrahenten dem Verpfänder für jetzt und die Zukunft gelassen wird, muß dem Pfandgläubiger der animus domini fehlen. Mit dem animus domini fallen aber

---

76) Glück, a. a. O. S. 367: „Auch dem creditori priori würde das jus offerendi in dem Falle nützen, wenn er für den Schuldner bei einem der nachstehenden Gläubiger gutgesagt hat, gegen den ihn also seine frühere Hypothek nichts helfen würde.“ — Doch steht dem ersten Gläubiger in diesem Falle das Recht eines jeden Bürgen zu, vor der Zahlung Cession der Forderung und des Pfandrechtes zu verlangen und das jus offerendi ist ihm also zu diesem Zwecke nicht nöthig. —

77) In der folgenden Darstellung schließen wir uns völlig an die geistvollen Untersuchungen Bachoven's a. a. O. S. 139 fg. an. Die weitere Vertheidigung dieser Sätze, namentlich den Bedenken Keller's (in Richters kritischen Jahrbüchern XI Jahrgang S. 1001) gegenüber, müssen wir uns freilich für eine besondere Abhandlung vorbehalten. —

78) l. 37 de pignoratitia actione (13, 7); — l. 36 de acq. vel. am. poss. (41, 2): „— quam qui omnio non possidet“; l. 1 § 15 eodem; l. 16 de usurpat. (41, 3). —

79) l. 15 § 1 l. 40 pr. de acq. vel. am. poss. (41, 2); — l. 16 l. 33 § 6 de usurpat. (41, 3); l. 7 § 7 pro emptore (41, 4); l. 13 quae in fraudem (42, 8): „— suo jure — possidet.“ — Vgl. von Savigny, das Recht des Besitzes, 6. Ausg. S. 342 Nr. 1. —

alle diejenigen Rechte weg, welche ihn voraussetzen, insbesondere die Usucapion.[80]) Wir können daher sagen, auf den Pfandgläubiger werde nur das natürliche, nicht auch das civile Element des Besitzes übertragen.

Die rechtliche Natur[80a]) dieses Pfandbesitzes kann keinem Zweifel unterliegen. Derselbe ist als bonae fidei possessio anzusehen. Denn der Pfandgläubiger kennt zwar das fremde Eigenthum, aber er hat die Einwilligung des Eigenthümers. Er hat also denselben Anspruch auf die Früchte, welchen das Recht jedem bonae fidei possessor überhaupt einräumt. Er wird also an allen denjenigen Erzeugnissen, welche unter den Begriff der Früchte fallen, mithin auch an den Jungen der Thiere, nicht aber an dem Kinde der Sklavin, durch die bloße Separation sofort das volle Eigenthum erwerben, und nicht etwa bloßen Pfandbesitz, ähnlich dem an der erzeugenden Sache.

Dasselbe wird auch dann eintreten, wenn der Verpfänder nicht Eigenthümer der verpfändeten Sache war, der Gläubiger aber das fremde Eigenthum nicht kannte. Der Begriff der bonae fidei possessio ist hier in der Person des Pfandgläubigers vorhanden. Denn der Besitz selbst kann auch von einem Nichteigenthümer gültig übertragen werden und die bona fides folgt aus der Nichtkenntniß des fremden Eigenthums. Der Fruchterwerb wird also auch hier derselbe sein, wie bei jeder bonae fidei possessio.

Ulpianus, libro XXX.[81]) ad Edictum.

In l. 22 § 2 de pignoratitia actione (13, 7).

„Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pignoratitia actio, quamvis ipse fructus suos non faciet; a praedone enim fructus et vindicari exstantes possunt, et consumti condici; proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit."

---

80) l. 13 pr. l. 16 l. 33 § 4. 6 de usurp. (41, 3); vergl. auch l. 29 de pign. act. (13, 7): „— usucapio tua." —

80a) Paulus, libro LIV ad Edictum, in l. 3 § 22 de acq. vel am. poss. (41, 2): „Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide, aut non bona fide." —

81) „XXVIII" Haloander. —

Zur Erklärung dieser Stelle müssen wir einge Worte hinzufügen.

Der ganze Ertrag des Fruchtbezuges geht zunächst in das Vermögen des Pfandbesitzers über. Darin steht der Gläubiger dem putativen Eigenthümer völlig gleich. Aber er soll diese Früchte nicht lucriren; denn alles, was occasione pignoris dem Gläubiger zufällt, liegt den Ansprüchen des Verpfänders näher, als denen des Gläubigers.[82]) Und hierin unterscheiden sich Eigenthums- und Pfandbesitzer sehr wesentlich von einander. Jener lucrirt alle consumirten Früchte und wird zu der Herausgabe der noch vorhandenen nur zugleich mit der Hauptsache genöthigt[83]); dieser dagegen muß den ganzen Betrag des Fruchtbezuges auf seine Forderung abrechnen und den Ueberfluß an den Verpfänder ausliefern[84]), selbst wenn dieser, wie in der angeführten Stelle, malae fidei possessor war.

In diesem Zeugnisse des Ulpian liegt aber eine bestimmte Bestätigung für den nach den Regeln der bonae fidei possessio beurtheilten Fruchterwerb des Pfandgläubigers. Denn was von der Verpfändung einer fremden Sache gilt, das muß um so mehr von der eigenen gelten, und wenn die Unkenntniß des dem Verpfänder fehlenden dominium zu dem Fruchterwerb des bonae fidei possessor berechtigt, so muß das wirkliche Dasein dieses dominium dem Gläubiger doch gewiß dieselbe Befugniß gewähren.

Der Erwerb der Früchte von Seiten des Pfandgläubigers ist sonach abhängig von dem wirklichen Besitze der Pfandsache. Einerlei ist es hierbei, ob der Pfandbesitz freiwillig übertragen oder durch die Pfandklage abgefordert wurde, denn der Besitz selbst ändert hierdurch seine Natur nicht im mindesten. Hat jedoch der Pfandgläubiger den Besitz der Sache nicht, so kann von Fruchterwerb und dadurch eintretender Befriedigung keine Rede mehr sein.

Freilich kommt hier ein anderer Rechtssatz in Betracht. Mit

---

82) l. 12 § 1 de distractione pig. (20, 5). —

83) arg. l. 1 § 2 de P. et H. (20, 1). —

84) Eine Abweichung von diesem Grundsatze tritt nur dann ein, wenn die principale Forderung unverzinslich ist. Der Gläubiger soll hier einen Theil der von ihm gezogenen Früchte lucriren, nämlich bis zum Betrage der gesetzlichen Zinshöhe; l. 8 in quib. causis pignus (20, 2). —

der Verpfändung der Hauptsache wurde zum öfteren die Verpfändung der Erzeugnisse verbunden; ja, dies geschah so häufig, daß diese Pfandberedung in Folge der stehenden Gewohnheit — eine in der Geschichte des Pfandrechts wiederholt vorkommende Erscheinung [85]) — endlich stillschweigend ergänzt ward. [86]) Sonach konnte der Pfandgläubiger nicht allein die verpfändete Sache selbst, sondern auch die Früchte derselben getrennt von der Hauptsache mit einer eigenen Pfandklage verfolgen.

Doch erleidet dieser Satz durch die allgemeinen, bei Verpfändung zukünftiger Sachen geltenden Principien eine wesentliche Modification. Denn danach wird zur Gültigkeit der Früchteverpfändung nicht allein erfordert, daß die Parteien bei Abschluß der Pfandconvention den Erwerb der Früchte durch den Verpfänder erwarten konnten, sondern namentlich auch, daß das Pfandrecht, wie es in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Beredung vorliegt, auch wirklich zur Entstehung kam; oder, mit andern Worten, daß die zum Pfande bestimmten Erzeugnisse nicht sofort bei ihrer Separation in das Eigenthum eines Andern fielen, sondern einen Augenblick nur zu den bona des Verpfänders gehörten. [87])

Hiernach wird die Möglichkeit, die Erzeugnisse der verpfändeten Sache selbstständig mit einer Pfandklage zu verfolgen, trotz der präsumtiven Pfandconvention mannichfach beschränkt. Zwar steht der **Serviana** des Pfandgläubigers kein Hinderniß entgegen, wenn die Separation der Früchte durch den Verpfänder selbst oder dessen Erben erfolgte, oder auch, wenn die Erzeugnisse der vom Verpfänder verpachteten oder zur Nutznießung hingegebenen Sache von dem Pächter [88]) oder Usufructuar [89]) percipirt wurden; denn

85) So bei dem Haften der invecta et illata, l. 6 pr. in quibus causis (20, 2), bei der Verkaufsbefugniß des Pfandgläubigers, l. 4 de pig. actione (13, 7). u. s. w. —

86) c. 3 C, in quibus causis pignus (8, 15). —

87) Gemäß der hypothekarischen Klage, welche das „in bonis debitoris fuisse verlangte; vgl. l. 15 § 1 l. 3 pr. de P. et H. (20, 1); l. 4 quae res pign. (20, 3); l. 23 de probat. (22, 3); c. 6. C. si aliena res (8, 16). —

88) Vgl. l. 24 § 1 l. 53 locati (19, 2) und Anm. 90; anderer Meinung ist Franke, von den Früchten des Pfandes, in dem Archiv f. civ. Praxis, XXX, S. 172. —

89) Anderer Meinung auch hier Franke, a. a. O. —

in dem, zwischen Separation und Perception zu denkenden Momente gehörten die Früchte dem Verpfänder und wurden sonach vom Pfandnexus ergriffen.[90]) Und ebensowenig entgeht dem Gläubiger das gehoffte Pfandrecht, wenn ein bösgläubiger Besitzer der verpfändeten Sache die Trennung der Früchte vornimmt, da die letzteren hier nicht dem Besitzer, sondern dem Eigenthümer der Hauptsache anheimfallen.

Anders dagegen, wenn nach der Verpfändung ein bonae fidei possessor in den Besitz der Sache gekommen ist. Dieser erwirbt die Früchte im Momente der Separation, ohne daß dieselben je dem Verpfänder gehörten. Und nur die Herausgabe der nicht consumirten Früchte zugleich mit der fruchtragenden Sache selbst kann der Pfandgläubiger noch mit der Servianischen Klage erlangen, da die Pfandklage, nach Analogie der rei vindicatio des Verpfänders, auch die omnis causa mit umfaßt.[91]) Als bonae fidei possessor muß aber nach den früheren Bemerkungen auch der zweite Pfandgläubiger gelten, dem der Pfandbesitz von Seiten des Verpfänders eingeräumt worden ist; denn auch er ist wirklicher Besitzer der Pfandsache und sein guter Glaube folgt aus der Einwilligung des Verpfänders.[92])

Aus dem Gesagten erhellt, wie viel jedem Pfandgläubiger an dem Besitze der verpfändeten Sache gelegen sein muß, welcher ihm den Fruchterwerb und dadurch allmähliche Befriedigung sichert. Und dies Interesse ist für den ersten Pfandgläubiger namentlich auch dann vorhanden, wenn ein nachstehender Gläubiger die verpfändete Sache inne hat; denn so lange dies der Fall ist, erwirbt der erstere nicht einmal das Pfandrecht an den separirten Früchten. In der Regel wird nun zwar dem besseren Pfandgläubiger die hypothekarische Klage genügen, um entweder den Besitz der verpfändeten Sache oder Zahlung zu erhalten. Aber es können doch bisweilen dieser Klage Hindernisse in den Weg treten, Hindernisse

---

90) Vgl. Puchta, Cursus der Institutionen § 242, II Bd. S. 667 a. E. und namentlich Dernburg, das Pfandrecht, § 58, I Bd. S. 443. —

91) l. 16 § 4 de P. et H. (20,1), vgl. mit Bachofen, a. a. O. S. 155; l. 1 § 2 de P. et H. (20, 1), vgl. mit Dernburg, a. a. O. S. 443. —

92) Anderer Ansicht, doch ohne nähere Begründung: Franke, a. a. O. S. 190 a. E. —

bald factischer, bald rechtlicher Natur. Erstere, wenn zum Beispiel der in Wahrheit besser berechtigte Pfandgläubiger derzeit wohl sein Pfandrecht, nicht aber seine Priorität zu erweisen im Stande ist. Denn seiner Pfandklage wird dann der Beklagte die Einrede des gleichen Rechtes an der Sache entgegenhalten [93]), ohne von Seiten des Klägers die Replik des bessern Pfandrechts fürchten zu müssen. Rechtliche Hindernisse aber, wenn der auf das bessere Pfandrecht gestützten und an sich begründeten hypothecaria actio eine Einrede entgegengestellt werden kann, welche das Begehren des Klägers zur Zeit als ungerechtfertigt erscheinen läßt. [94]) Würde nun der bessere Pfandgläubiger das jus offerendi besitzen — denn ein besonderer Grund, ihm dasselbe in den gedachten Fällen zu versagen, ist nicht vorhanden, da er trotz undurchführbarer hypothecaria doch immer Pfandgläubiger ist — so würde er durch die Zahlung an den nachstehenden und die Pfandsache inne habenden Gläubiger bei nachher angestellter Pfandklage entweder gänzliche Befriedigung oder den Besitz der verpfändeten Sache erlangen und in letzterem Falle vielleicht schon nach einmaligem Fruchtgenuß nicht allein für die offerirte Summe entschädigt, sondern auch in Betreff seiner ursprünglichen Forderung ganz oder zum Theil befriedigt sein: ein möglicher Vortheil, den der erste Pfandgläubiger einbüßen würde, wenn man ihm das jus offerendi versagt.

2) Wir wenden uns nun zur Darlegung eines weitern Vortheils, den das jus offerendi nach römischem Rechte auch dem ersten Pfandgläubiger zu gewähren vermochte.

Das Pfand selbst diente ursprünglich dem Gläubiger nicht zur Befriedigung. Der indirekte Zwang zur Tilgung der Schuld und Auslösung der verpfändeten Sache, den die Rückhaltung der letzteren naturgemäß gegen den Schuldner ausüben mußte, war vielmehr anfänglich die einzige Sicherung, die die Pfandgabe dem

---

93) l. 10 de P. et H. (20, 1), l. 12 pr. qui potiores (20, 4). —

94) Vergl. z. B. l. 5 § 1 quibus modis pignus (20, 6); l. 16 § 5 de P. et H. (20, 1), vgl. mit Huschke, vom bedingten und dem mit einem dies behafteten Pfandrecht, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, XX Bd. S. 167 fg. —

Gläubiger gewährte. Und nur für den Fall, daß die verpfändete Sache eine fruchttragende war, gab das allgemeine Recht eines jeden gutgläubigen Besitzers auch dem Pfandgläubiger die Befugniß, die Früchte der verpfändeten Sache sein eigen zu machen und zu seiner Befriedigung zu benützen.

Dieser Rechtszustand konnte sich jedoch auf die Dauer nicht erhalten. Das Interesse des Verkehrs verlangte eine Erweiterung der pfandrechtlichen Befugnisse. Denn die Sicherheit, welche das bloße Innehaben der verpfändeten Sache verschafft, konnte leicht illusorisch werden, wenn der Werth des Pfandes allmählig herabsank, und wo die natürliche Beschaffenheit des Pfandobjektes die Befriedigung durch Fruchtgenuß auch zuließ, da war doch dieser Weg meist langsam und lästig. So wurde nach und nach die Verkaufsberedung gebräuchlich.[95]) Auf Grund dieses Abkommens brauchte sich der Pfandgläubiger nicht mehr mit dem Ertrage der Pfandsache zu begnügen, sondern er konnte nun den Gesammtwerth der letzteren zu seiner Befriedigung heranziehen und durch den Verkauf derselben mit einmal Lösung seines Verhältnisses zur Sache und Tilgung seiner Forderung erlangen.

Ein ausdrücklicher Verkaufsvertrag war anfänglich unerläßlich.[96]) Nur derjenige Pfandgläubiger hatte das Verkaufsrecht, der sich dasselbe von dem Schuldner bedungen. Doch ging dies

---

95) Ueber die Gründe, welche muthmaßlich die Ausbildung der Verkaufsbefugniß verzögerten, vgl. Bachofen, a. a. O. S. 157. Die erste Spur eines pactum de distrahendo pignore findet sich bei Labeo in l. 35 de P. et H. (20, 1). Aber noch Gaius (II § 64) verhehlt sich nicht das Anomale, was nach der strengen Rechtstheorie in dieser Gestaltung liegt: (§ 62) „Accidit aliqando, ut .... qui dominus non sit, alienare possit .... (§ 64) ...; item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. Sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.“ Vgl. Bachofen a. a. O. S. 159; l. 14 § 5 de divers. temp. praescript. (44, 3); l. 46 de acq. rer. dominio (41, 1); § 1 J. quib alienare licet (II 8); Theophilus ad h. l. —

96) Ein ausdrückliches pactum wird von folgenden römischen Autoren erwähnt: von Labeo in l. 35 de P. et H. (20, 1); Javolenus in l. 73 de furtis (47, 2); Gaius II. § 64; Pomponius in l. 6 pr l. 8 §§ 3, 4, 5 de pign. act. (13, 7); Scaevola in l. 14 § 5 de divers. temp. prae-

Recht auf die Universalsuccessoren des Gläubigers in allen Fällen über [97]) und auch auf die Singularsuccessoren dann, wenn der betreffende Vertrag seinem Inhalte nach allgemein gefaßt und die Berechtigung nicht ausschließlich an die Person des Paciscenten geknüpft war. [98]) Eine Anwendung dieses letzteren Satzes auf den durch Auskauf succedirenden Pfandgläubiger findet sich in den Quellen besonders bezeugt.

Paulus libro III Quaestionum.

In l. 3 quae res pignori (20, 3).

„Aristo Neratio Prisco scripsit: etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata; neque enim in jus primi [99]) succedere debet, qui ipse nisil convenit de pignore, quo casu emtoris causa melior efficietur. Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit, non per oblivionem, sed quum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit, huc usque transire ad eum jus prioris [100]), ut distrahere pignus huic liceat? Quod admittendum existimo, saepe enim, quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.“

---

script. (44, 8) und l. 68 de fidejuss. et mandator. (46, 1); Marcianus in l. 12 § 10 qui potiores (20, 4); Papinianus in l. 1 § 1 de P. et H. (20, 1); Paulus in l. 3 quae res. pign. (20, 3) und l. 12 de P. et H. (20, 1); Ulpianus in l. 4 de pig. act. (13, 7) und l 6 § 8 comm. dividundo (10, 3); Imp. Alexander in c. 4 C. de pig. act. (4, 24), Imp. Justinianus in c. 3 § 1 C. de jure domin. imp. (8, 34) und § 1 J. quib. alienare licet (II, 8). —

97) Pomponius in l. 8 § 4 de pign. act. (13, 7): „Sed et si creditoris duntaxat persona fuerit comprehensa, etiam heres eius jure vendet, si nihil in contrarium actum est.“ Vgl. damit l. 17 § 5 l. 21 § 1 de pactis (2, 14) und l. 9 de probat (22, 3). —

98) Pomponius in l. 8 § 4 de pig. act. (13, 7): „De vendendo pignore in rem pactio concipienda est, ut omnes contineantur.“ —

99) „pignoris“ Haloander, Vulgata. —

100) „pignoris“ Vulgata. —

Der offerirende Pfandgläubiger, der selbst kein Verkaufsrecht besitzt, succedirt sonach auch in die Verkaufsberedung des abgefundenen Gläubigers. Nun spricht zwar Paulus allein von dem Auskaufe eines besseren Pfandgläubigers durch einen nachstehenden. Aber wir können diesen Umstand nur als einen zufälligen betrachten und wir sind vollkommen zu dem Schlusse berechtigt, daß, wenn umgekehrt der zweite Pfandgläubiger einen Verkaufsvertrag abgeschlossen hatte und der ältere nicht [100a]) auch dieser letztere durch Auskauf des nachstehenden Gläubigers — falls ihm überhaupt nur das jus offerendi zuzugestehen ist — die Verkaufsbefugniß gewinnen mußte. Und somit konnte wenigstens nach klassischem römischen Rechte das jus offerendi dem ersten Pfandgläubiger den wesentlichen Vortheil des Pfandverkaufes verschaffen. [100b])

Diese Verkaufsberedung, welche dem Pfandrechte erst eigentlichen Inhalt gab, wurde nun bald allgemein verbreitet und bei jeder Verpfändung angewandt. Schon zu Alexander Severus Zeit erscheint sie als stehende Clausel der Pfandurkunden. [101]) Und so kam es, daß allmählich die Gewohnheit des Abschlusses als Beweis desselben galt und daß auch ohne ausdrückliche Verabredung des Verkaufsrechts dasselbe doch stillschweigend ergänzt ward.

Ulpianus libro XLI ad Sabinum.

In l. 4 de pignorat. actione (13, 7).

„Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. Sed et si non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere." —

Mit dieser Entwickelung fiel freilich der allgemeine Vortheil

---

100a) Daß dies möglich war, lehrt uns Marcianus, libro singulari ad formulam hypothecariam, in l. 12 § 10 qui potiores (20, 4): „Si priori hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendenda convenerit, verius est, priorem potiorem esse; nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem." —

100b) Vgl. jetzt auch Schmid, Cession, I Bd. S. 313. —

101) c. 4 C. de pign. actione (4, 24): „pactum vulgare." —

hinweg, den ein Pfandgläubiger, welcher sich in Betreff des Pfandverkaufs nicht vorgesehen hatte, durch Auskauf eines Veräußerungsberechtigten erlangen konnte. Denn nun stand das Verkaufsrecht jedem Pfandgläubiger kraft eigenen Rechtes zu. Aber es konnte dennoch das jus offerendi in dieser Richtung hin auch noch jetzt einen wesentlichen Nutzen bieten.

Denn das gemeine Recht [102]) des Pfandverkaufs mit seinen Förmlichkeiten und Weiterungen kam nur dann in Betracht, wenn specielle Beredung der Parteien nichts anderes bestimmt hatte. Dies Princip wurde noch im neuesten römischen Rechte anerkannt und von Justinian seiner Verordnung über die dominii impetratio vorangestellt.

Imp. Justinianus A. Demostheni P. P. (a. 530). In c. 3 §. 1 C. de jure dominii impetrando (8, 34).

„Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pignoraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore, sive in aliis conventionibus [103]) ea observari, de quibus inter creditorem et debitorem conventum est. Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur foeneratori — — —" et rel. —

Der Wille der Parteien entschied also zunächst über die Modalitäten des Verkaufes. Und so konnte der Pfandgläubiger durch ausdrücklichen Vertrag der lästigen Förmlichkeit der Denuntiation [104]) ebensogut wie dem gefährlichen zweijährigen Aufschube des Pfandverkaufes [105]) entgehen. Wie wichtig eine solche Privatconvention unter Umständen für das Interesse des Pfandgläubigers sein konnte, liegt auf der Hand.

Und weiter dürfen wir nun schließen: wenn nach dem vor Ulpian geltenden Rechte der zum Verkauf nicht Befugte, ja durch ausdrücklichen Vertrag am Verkaufe gehemmte Pfandgläubiger,

---

102) Siehe Bachofen, a. a. O. S. 176 Anm. 2. —

103) „conditionibus" ms. Bambergensis. —

104) Paulus, R. S. II, 5 §. 1. — Ulpianus in l. 4 de pign. act. (13, 7) — c. 18 C. de adm. tut. (5, 37). — c. 3 §. 1 C. de jure dominii impetrando (8, 34). —

105) c. 3 §. 1 C. de jure dominii impetrando (8, 34). —

wie wir oben sahen, durch das jus offerendi dennoch die Möglichkeit erlangte, das Pfand zum Verkauf zu bringen, weil er in das pactum des abgefundenen Gläubigers succedirte und durch dessen Person etwas erlangte, was er an sich nicht besaß [106]: so muß auch nach Ausbildung des gemeinrechtlichen [107] Pfandverkaufs der Eintritt in das Recht dessen, der speciell über den Pfandverkauf paciscirte, dem auskaufenden Pfandgläubiger die Befugniß verleihen, nach Maßgabe dieses speciellen Abkommens zu verfahren. Und wenn es der zweite Pfandgläubiger ist, der sich bei dem gemeinen Rechte nicht beruhigte, sondern sich von Seiten des Schuldners bessere Bedingungen in Betreff der Pfandveräußerung zugestehen ließ, so kann der vorstehende Gläubiger, wenn ihm das jus offerendi gegen den zweiten zugestanden wird, durch Auskauf des letzteren in dieses Abkommen eintreten und die günstigeren Bedingungen für sich benutzen [107a].

Wir sehen, auch nach dem neuesten römischen Rechte ist das jus offerendi im Stande, auch dem besseren Pfandgläubiger wesentliche Vortheile zu bringen und der praktische Werth unserer Frage ist daher nicht zu unterschätzen.

---

§. 3.

Wir wenden uns nun zu dem Beweise, daß das jus offerendi nach römischem Rechte auch dem ersten Pfandgläubiger gebührt habe.

Zur Entscheidung dieser Frage hat man von jeher und mit Recht das hauptsächlichste Gewicht auf einen Ausspruch des **Paulus** gelegt, der sich in dessen receptae sententiae unter dem Titel de lege commissoria findet.

---

106) l. 3 quae res pignori (20, 3): „— saepe enim, quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest“. —

107) Siehe Anmerkung 102. —

107a) Ueberhaupt muß dieß, nach Analogie des pactum de vendendo und des Eintritts in dasselbe, gewiß auch von jedem andern Nebenvertrage gelten, den der nachstehende Gläubiger mit dem Pfandschuldner abschloß. Die Vortheile aller solcher besonderen Verträge erlangt der erste Gläubiger durch den Auskauf. —

Paulus, R. S. II tit. XIII §. 8.

„Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest, sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior [108]) sit." —

In Betreff des letzten Theiles dieses Paragraphen steht die Lesart handschriftlich fest und kann keinem Bedenken unterliegen. Der erste Satz dagegen war in den codices äußerst verstümmelt und durch eine Menge von Fehlern entstellt [109]). Doch wurde auch hier durch Cujacius der Text auf zweifellose Weise berichtigt [110]).

Was nun zunächst die äußere Beweiskraft der angeführten Worte anbelangt, so ist dieselbe häufig von der gegnerischen Seite aus dem Grunde ganz in Abrede gestellt worden [111]), weil der Ausspruch des Paulus in das Justinianeische Gesetzbuch nicht aufgenommen sei und ihm daher nach der Vorschrift [112]) des Kaisers keinerlei Autorität und Beweiskraft gebühre.

Einestheils betrachten wir jedoch unsere Frage nicht allein nach dem justinianeischen Rechte, sondern nach dem Rechte der Römer überhaupt und dürfen daher für dessen Gestaltung in der klassischen Zeit unbedenklich jeden Ausspruch römischer Juristen benutzen. Anderntheils sind aber auch die nicht recipirten Schriften zum Verständniß des justinianeischen Rechtes und zur Erläuterung der in das corpus juris aufgenommenen Sätze hinsichtlich ihres eigentlichen Gedankens von der größten Bedeutung. Und daß die Sentenz des Paulus nicht mit Absicht bei der Zusammenstellung der Digesten übergangen wurde, weil sie dem gesetzgeberischen Willen der Compilatoren widersprach, das wird, wie wir hoffen, aus dem nächsten Paragraphen hervorgehen. Denn wir werden dort aus

---

108) Exemplum Sichardianum in marg.: „prior". —

109) Vgl. die Ausgabe von Arndts (Bonner corpus jur. rom. antejustiniani p. *74 not. 14); und dazu variet. scriptur. coll. Haenel ad h. l. (eodem p. *172 i. f.). —

110) Jac. Cujacius, interpret. ad h. l. —

111) Becmann l. c. (s. Anm. 32); Leyser l. c. (s. Anm. 31). —

112) c. 2 §. 19 C. de vet. jure enucleando (1, 17). —

dem corpus juris selbst Stellen entnehmen, welche denselben Satz, den Paulus hier ausspricht, deutlich genug erkennen lassen.

Wir wenden uns nun zu dem Gedanken der Stelle selbst.

Der Sinn des ersten Theiles ist klar und ist niemals mißverstanden worden. Er spricht dem späteren Pfandgläubiger das Recht zu, den vorgehenden Gläubiger durch Angebot der geschuldeten Summe auszukaufen, um auf diese Weise den Besitz der verpfändeten Sache zu erlangen. Um so bestrittener dagegen sind die folgenden Worte. Wir müssen näher auf dieselben eingehen.

Vor allem kommt es darauf an, was nach dem Sprachgebrauche der Quellen unter dem Ausdrucke „dimittere“ zu verstehen ist. Derselbe bezeichnet nun im allgemeinen das Aufheben irgend eines persönlichen Verhältnisses [113]) oder eines rechtlichen

113) Pomponius in l. 8 de cond. et demonstrat. (35, 1): „— ne filium a semet dimittat —“. Proculus in l. 55 de acq. rer. dom. (41, 1): „— si solutum eum in silvam dimisissem —“. Venulejus in l. 10 de custodia et exhibitione reorum (48, 3): „Ne quis receptam custodiam sine causa dimittat —“. Callistratus in l. 12 eod. „— qui custodiam dimisit —“. Modestinus in l. 14 §. 2 eod. „— in dimittenda custodia —“. Paulus R. S. V, 31 §. 1: „Si — — miles custodiam dimiserit —“; „— reus dimissus —“. Lex Julia de adulteriis coërcendis in l. 29 pr. ad leg. Juliam (48, 5): „— ADULTERUM — — DIMISERIT —“. Ulpianus eod. — Modestinus in l. 31 pr. de poenis (48, 19): „— damnatos dimittere —“; in l. 12 de publ. judiciis (48, 1): „— innoxios dimittat —“. Gaius in l. 22 §. 1 de in jus vocando (2, 4): „Qui in jus vocatus est, — — — — dimittendus est —“. Ulpianus in l. 10 §. 1 de off. proconsulis (1, 16): „Legatum suum ne ante se de provincia dimittat.“ Das prätorische Edikt in l. 1 de his, qui notantur (3, 2): „— QUI AB EXERCITU DIMISSUS ERIT —“ vgl. Ulpianus in l. 2 pr. de his, qui notantur (3, 2). Imp. Diocletianus et Maximianus in c. 8 C. de quaest. (9, 41): „Milites dimissi —“. Celsus in l. 18 §. 1 de acq. vel. am. poss. (41, 2): „— dimittere possessionem —“. Marcellus in l. 19 §. 1 eod.: „dimissa possessione“. — Javolenus in l. 21 §. 2 eod. „non potest videri id pro derelictum habitum, quod — — — — interim dimissum est.“ — Julianus in l. 38 pr. eod.: „— possessionem dimittere —“. — Tryphoninus in l. 37 §. 1 de minoribus (4, 4): „— qui in adulterio deprehensam uxorem non dimiserit —“. Paulus R. S. II, 26 §. 8: „— qui in adulterio deprehensam uxorem non statim dimiserit —“. Ulpianus in l. 14 §. 2 qui et a quibus manumissi (40, 9): „— repudio dimissa —“ Coll. leg. Mosaic. et Roman. IV, c. 3 §. 5: „— uxorem dimittere.“ —

Bandes [114]), namentlich auch des Pfandnexus [115]). Vorzüglich aber wird das Wort als ein technisches gerade da gebraucht, wo es sich um die Ausübung des jus offerendi handelt; so von

---

114) Z. B. der Ehe: s. Anm. 113 a. E. — Der väterlichen Gewalt: Gaius I, §. 118a: „— e suo jure eas personas dimittere —"; I, §. 134: „— pater de potestate dimittit" und in l. 28 de adopt (1. 7): „— filium — — potestate dimittere —". Ulpianus X §. 2: „— potestate dimissus est". Der Vormundschaft: Imp. Diocletianus et Maximianus in c. 19 C. de excus. (5, 62): „— de tutela filii te dimitti postulans." Des Eigenthums: Gaius II §. 85: „res nec mancipi — — a se dimittere mulier — — potest", vgl. II, §. 80. — Eines obligatorischen Verhältnisses: Papinianus in l. 72 de leg. III: „si creditores ex ea pecunia dimiserit". Derselbe in l. 19 de dolo malo (4, 3): „— quoniam debitore liberato per consequentiam ipse quoque" (sc. fidejussor) „dimittitur."; und in l. 41 de operis libertorum (38, 1): „Libertus, qui operarum obligatione dimissus est —", sowie in l. 25 qui et a quibus manumissi (40, 9): „— prioribus creditoribus dimissis —". Ulpianus in l. 10 §. 1 quae in fraudem (42, 8): „— si illos dimisit —" (sc. creditores); in l. 6 pr. si quis omissa causa (29, 4): „— dimissis legatis —" und in l. 4 pr. de decretis ab ordine faciendis (50, 9): „— sive aliquem debitorem dimiserint —". Scaevola in l. 38 pr. de leg. III: „— ut dimitteret hereditarios creditores —". Julianus in l. 7 §. 1 de curatore furioso (27, 10): „— creditores furiosi dimissi —" und in l. 15 quae in fraudem (42, 8): „— dimisso Titio —". Paulus in l. 16 quae in fraudem (42, 8): „— nisi priores pecunia posteriorum dimissi probentur" und in l. 28 de pactis dotalibus (23, 4): „— ut creditor dimittatur"; „ut dimittat creditorem —". — Valens in l. 67 §. 2 ad S. C. Trebellianum (36, 1): „— dimissis patris —" sc. creditoribus. —

115) Gaius in l. 158 de R. I. (50, 17): „Creditor, qui permittit rem venire, pignus demittit". Scaevola in l. 38 pr. de legatis III: „— filius praedia, quae pater obligata reliquerat, dimisso hereditario creditore —". Ulpianus in l. 26 §. 2 de fideicom. libert. (40, 5): „Quum quidam Caecilius ancillam, quam pignori obligaverat, dimisso creditore — — manumitti voluisset —", in l 15 §. 4 de re judicata (42, 1) „— ubi controversia est de pignore, id dimitti debere —" und in §. 6 eod „— jus pignoris dimissuri —". Paulus in l. 3 quae res pignori (20, 3); „— etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur —". Africanus in l. 9 §. 3 qui potiores (20, 4): „— tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus —". Imp. Alexander in c. 3 C. de his qui in priorum (8, 19): „Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio —". —

Papinian [116]), Ulpian [117]), Tryphoninus [118]) und Paulus [119]); wie denn der letztere in den unmittelbar vorhergehenden Worten desselben Paragraphen das dimittere ebenfalls vom Auskaufsrechte gebraucht hatte.

Aus dieser steten Bedeutung des Wortes „dimittere“ geht aber nach unserer Ansicht mit Evidenz hervor, daß Paulus auch in dem letzten Theile unserer Stelle das jus offerendi des Pfandgläubigers vor Augen gehabt habe. Denn wollte er, wie behauptet wird, in den fraglichen Worten dem ersten Pfandgläubiger nur das Oblationsrecht eines jeden Pfandbesitzers zugestehen, so hätte er den Ausdruck „dimittere“ sicherlich nicht gesetzt. Ein wirkliches „Abfinden“, wie es in dem Worte liegt, ist zur Elidirung der hypothekarischen Klage nicht erforderlich; das bloße Angebot ist hierzu allein schon genügend. Und um so weniger durfte Paulus dann von einem „dimittere“ sprechen, als diese Wiederholung des unmittelbar vorher in der gewöhnlichen Bedeutung gebrauchten Wortes offenbar den Gedanken der Stelle vollkommen unklar machen mußte.

Weiter führen aber auch die Anknüpfungsworte „sed et“ zu demselben Resultate hin. Denn wenn in dem ersten Theile der Stelle, wie nicht bezweifelt wird, dem nachstehenden Pfandgläubiger die Dimission des besseren, d. h. das Auskaufsrecht, eingeräumt werden soll, so bezweckt der Schlußsatz durch die Verbindung „sed et“ augenscheinlich die Gleichstellung des ersten Pfandgläubigers in Betreff der dem nachstehenden eingeräumten Befugniß und also das Zugeständniß des jus offerendi.

Es bleiben nur noch die Worte zu erklären übrig: „si voluerit, quamquam ipse in pignore potior sit“. Der Sinn der-

---

116) In l. 1 de distract. pignorum (20, 5): „— ante secundum creditorem dimissum —“.

117) In l. 15 §. 5 de re judicata (42, 1): „— qui dimisso priore creditore —“. —

118) In l. 12 §. 12 de captivis (49, 15): „— post dimissum redemtorem —“ und weiter unten: „— ab eo, qui tempore prior fuit, ut infirmiore dimittendus est.“ —

119) In l. 16 qui qotiores (20, 4): „— Plane quum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit —“. —

selben ist höchst einfach und natürlich. Denn da der bessere Pfandgläubiger jeder gegen ihn angestellten hypothekarischen Klage die Einrede entgegenhalten kann: „SI NON MIHI ANTE — — SIT RES OBLIGATA“ [120]), sowie umgekehrt dem schlechteren Gläubiger die verpfändete Sache mit der Servianischen Klage zu entreißen vermag: so wird er in der Regel von diesen Befugnissen Gebrauch machen und nicht vom jus offerendi. Es ist daher bei dem Zugeständniß dieses Rechtes der Zusatz begreiflich: „wenn er es vorziehen sollte, obschon er selbst im Pfandrechte den Vorrang hat.“ Wie wir in den Quellen in Betreff des zweiten Pfandgläubigers gesagt finden; „nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et loco ejus succedat“ [121]), obgleich demselben unzweifelhaft die Pfandklage an sich nicht abzusprechen ist [122]), ebenso wird umgekehrt das bessere Pfandrecht den ersten Gläubiger in den meisten Fällen hinlänglich schützen, und doch wird ihm auch das jus offerendi nicht versagt, falls er es vorziehen sollte [123]).

Diese Auffassung der Paulinischen Stelle führt, wie wir sehen, mit Nothwendigkeit dazu, dem besseren Pfandgläubiger das jus offerendi zuzuerkennen. Daher haben die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht mancherlei andere Erklärungen versucht. Wir wollen jetzt diese abweichenden Interpretationen einzeln betrachten.

Zimmern [124]) legt der Stelle einen ganz andern Sinn bei, indem er die Worte „si voluerit“ nicht auf den „prior“, sondern auf den „secundus creditor“ bezieht. Der Gedanke des Paulus wäre dann der, daß ein nachstehender Gläubiger mit seiner Einwilligung abgefunden werden könne, oder, mit andern Worten, daß derselbe sein Recht durch Cession auf den besseren Pfandgläubiger zu übertragen vermöge. Auch Linde [125]) und Sintenis [126]) haben dieser Erklärung ihren Beifall ertheilt.

120) l. 15 pr. qui potiores (20, 4). —

121) l. 12 §. 9 qui potiores (20, 4). —

122) l. 12 pr. §. 7 qui potiores (20, 4). —

123) Wir möchten daher nicht einräumen, was Zimmern (a. a. O., s. Anm. 36) behauptet, daß die Worte „si voluerit“ bei Annahme unserer Erklärung der Stelle völlig überflüssig wären. —

124) Zimmern, a. a. O. (s. Anm. 36). —

125) Linde, a. a. O. (s. Anm. 39). —

126) Sintenis, a. a. O. (s. Anm. 43). —

Eine solche Interpretation will uns jedoch, wir gestehen es, nur gezwungen und gekünstelt erscheinen, und unwillkürlich kommt uns dabei das Baconische „tamquam ex vinculis sermocinari" in den Sinn.

Zunächst finden wir die Beziehung der Worte „si voluerit" auf den creditor secundus keineswegs ganz den Regeln der Grammatik gemäß, wie Zimmern annimmt; indem es weit richtiger dann hätte heißen müssen: „si is voluerit" oder ähnlich. Doch nicht die sprachliche Wortfügung allein erregt unser Bedenken, sodern weit mehr noch der innere Gedanke, den diese Auffassung der Stelle verleiht.

Denn das jus offerendi, welches **Paulus** in dem ersten Theile unseres Paragraphen dem nachstehenden Pfandgläubiger zuspricht, bedarf zu seiner Vollziehung der Einwilligung oder des Zuthuns des auszukaufenden Gläubigers nicht. Im Augenblicke der Zahlungsannahme oder der dieser gleichstehenden Deposition tritt der Offerent in die Stelle des Ausgekauften ein. Eine wirkliche Cession, das ist heutzutage anerkannt, ist zur Ausübung des jus offerendi keinesfalls nöthig.

Wenn also **Paulus** in dem letzten Satze dem ersten Pfandgläubiger nur das Recht zugestehen wollte, durch Cession das Pfandrecht des nachstehenden Gläubigers zu erwerben, so hätte er in Wahrheit demselben das jus offerendi versagt [126a]. Dann wäre jedoch die Verbindung mit „sed et" unerklärlich. Denn wie könnte **Paulus** diese Worte gebrauchen, wenn er in der zweiten Hälfte der Stelle dem besseren Gläubiger das Recht gerade absprechen wollte, was er in dem ersten Satze dem nachstehenden Gläubiger gewährte? — Auch wäre es dann schwer, dem Zusatze „quamquam ipse in pignore potior sit" eine Bedeutung und innere Berechtigung abzugewinnen. Denn daß die Priorität im Pfandrechte das Cedirterhalten eines nachstehenden Pfandanspruchs nicht behindern könne, das bedürfte wohl keiner Erwähnung.

127a) Auch Zimmern (a. a. O. S. 54) fühlt dies vollkommen: „— Dann stehen sie" (die Worte si voluerit) „gerade da um zu leugnen, daß anders als durch freie Uebereinkunft der erste Creditor an des zweiten Stelle treten könne, also um jenem gegen diesen das jus offerendi abzusprechen." —

Viel mehr Schein hat eine andere Erklärung unseres Fragmentes für sich, zu welcher sich schon die Westgothische Uebertragung neigte [127]) und welche von jeher viele Vertheidiger gefunden hat [128]). Paulus soll hiernach einen Fall vor Augen gehabt haben, wo der erste Pfandgläubiger, im Besitze der verpfändeten Sache, von einem nachstehenden Gläubiger mit der hypothekarischen Klage belangt wird, und durch das Angebot der ihm geschuldeten Summe die Einrede des gleichen oder besseren Pfandrechtes verliert. Und nun soll der letzte Theil unserer Stelle von der jedem Besitzer zustehenden Befugniß sprechen, durch Oblation die hypothekarische Klage zu entkräften und diese Befugniß allein auch dem besseren Pfandgläubiger zugestehen.

Gegen diese Interpretation möchten wir jedoch folgende Bedenken erheben.

Nothwendige Voraussetzung einer solchen Auffassung unseres Fragmentes ist natürlich, daß der erste Pfandgläubiger die verpfändete Sache besitze. Aber gerade das, wie wir glauben, ergiebt sich aus der Darstellung des Paulus nicht. Der nachstehende Pfandgläubiger, der im Eingange das jus offerendi eingeräumt erhält, wird freilich nicht als Inhaber angenommen; das geht aus den Worten „quo possessio in eum transferatur" mit aller Deutlichkeit hervor. Daraus allein folgt aber noch nicht, daß der

---

127) Ad Paul. R. S. II, 13 §. 8: „Si duo creditores unum pignus debitoris habeant obligatum et posterior creditor priori creditori pecuniam offerat, potest pignus obligatum ad se transferre. Item prior creditor, licet potior sit in pignore retinendo, si offerat pecuniam, potest apud se pignus retinere." — Freilich will Schmid (a. a. O. S. 313) auch in dieser Uebertragung den von uns angenommenen Gedanken des Paulinischen Fragmentes wiederfinden und zwar wegen des wiederholt gebrauchten „offerre". Da jedoch dies Wort gewissermaßen ein neutrales ist und wie von dem Auskaufsrechte so auch von der Oblationsbefugniß des Inhabers gebraucht werden kann, außerdem aber in der westgothischen Erklärung Besitz des ersten Pfandgläubigers offenbar vorausgesetzt und Erhaltung dieses Besitzes ausdrücklich als Zweck der Oblation bezeichnet wird: so dürfte es mindestens zweifelhaft sein, ob auch die Interpretation Anians zur Unterstützung unserer Ansicht benutzt werden kann. —

128) So Cujacius l. c. (s. Anm. 26), Leyser l. c. (s. Anm. 31), Fritz a. a. O. (s. Anm. 42), Gesterding a. a. O. (s. Anm. 19), Bachofen a. a. O. S. 305. —

erste Pfandgläubiger von **Paulus** als Besitzer gedacht werde, und namentlich nicht, daß er auch in der zweiten Hälfte unserer Stelle als solcher angesehen werden müßte. Denn das vorliegende Fragment ist kein Responsum, das für einen wirklichen Rechtsstreit gegeben wurde, und braucht sich daher nicht an einmal gegebene thatsächliche Verhältnisse zu binden. Bei rein theoretischen Ausführungen aber ist nichts natürlicher, als daß die faktischen Prämissen, welche den einzelnen Entscheidungen zu Grunde liegen, von Satz zu Satz verändert gedacht werden. Ja, die Verbindung „sed et" und die dadurch gezogene Parallele weist uns selbst darauf hin, uns für die nachfolgende Entscheidung die thatsächliche Lage gerade umgekehrt vorzustellen, als wie sie im Eingange gesetzt ward.

Indeß halten wir, wie wir bereits andeuteten, die Alternative gar nicht von Nöthen, daß entweder der erste oder der zweite Gläubiger als Inhaber der verpfändeten Sache gelten müsse. **Paulus** scheint uns vielmehr **drei** concurrirende Pfandgläubiger im Sinn gehabt zu haben und davon den zweitberechtigten als Besitzer. Die Unterscheidung von „novissimus creditor", „prior", „secundus", namentlich aber der ersterwähnte Superlativ, weist, wie wir glauben möchten, mit ziemlicher Nothwendigkeit darauf hin. Nehmen wir dies an, so ist auch der Parallelismus der beiden Glieder vollständig gewahrt. Der jüngste Pfandgläubiger, sagt **Paulus**, soll seinem Vorgänger offeriren dürfen, um so den Besitz zu erlangen. Aber auch der erste Gläubiger soll den zweiten auslaufen können, falls er es vorziehen sollte, obschon er vor diesem im Pfandrechte den Vorrang hat, d. h. durch die hypothekarische Klage den Besitz erstreiten kann [129]), ohne auskaufen zu müssen.

Aber wenn wir selbst, dem Gedankengang der Stelle kaum entsprechend, den ersten Gläubiger als Besitzer der verpfändeten Sache annehmen wollten, dürften wir doch nicht das in dem letzten Satze anerkannte Recht auf die Oblationsbefugniß eines Pfandinhabers beschränken. Dem ständen die Worte entgegen „sed et", welche eine Gleichstellung der beiden Pfandgläubiger hinsichtlich

---

128) „Potior in pignore" ist „qui prior convenerit de pignore", l. 12 §. 10 qui potiores (20, 4), d. h., da die Zeit der Convention für die Pfandklage entscheidend ist, wer mit der Pfandklage durchdringt, l. 12 pr. eodem. —

ihrer Rechte bezwecken, so wie namentlich der Sprachgebrauch des Wortes „dimittere", das stets ein wirkliches Abfinden, nicht bloß ein Zahlungsangebot, bedeutet.

Wir glauben daher, daß wir auch dann einzig die Interpretation aufrecht erhalten müßten, die wir oben zu geben versuchten, und wonach Paulus das Auskaufsrecht des ersten Pfandgläubigers ausdrücklich bezeugt.

---

§. 4.

Die Stelle des Paulus ist aber nicht die einzige, die das jus offerendi des besseren Pfandgläubigers bekundet. Auch in den Justinianischen Quellen finden sich Spuren dieses Satzes. Freilich darf man hierzu nicht, wie öfters geschehen ist [130]), solche Fragmente heranziehen, in denen entweder das Pfandrecht des offerirenden Gläubigers zwar früher datirt, aber doch dem des auszukaufenden Gläubigers nachsteht [131]); oder in denen ein Gläubiger, der zuerst nur ein einzelnes Object vom Schuldner obligirt erhielt und später erst, zu weiterer Sicherheit, das übrige inzwischen an einen Dritten verpfändete Vermögen, zur Confirmation seines Rechtes an diesem letzteren den zweiten Gläubiger des Schuldners, seinen Vorgänger, abfinden muß [132]); noch endlich Fälle, in denen der Offerent in Folge zweier besonderen Conventionen die Stellung eines ersten und dritten Pfandgläubigers in sich vereint, und in der letzteren Eigenschaft zum Auskaufe des zweiten Gläubigers schreitet [133]). Denn überall ist es hier der nachstehende Gläubiger — wenn auch dem Alter seines Rechtes nach der erste —, der zum Auskaufe zugelassen wird; und wir fragen nicht, ob unter Um=

---

130) So von Crusius l. c. (s. Anm. 24), Schilling a. a. O. (s. Anm. 53) u. A. —

131) l. 3 §. 1 qui potiores (20, 4). Vgl. l. 12 §. 12 de captivis (49, 15). —

132) l. 1 de distr. pign. (20, 5). —

133) l. 20 qui potiores (20, 4). —

ständen dem ersten, sondern ob dem besseren Gläubiger das jus offerendi gebühre.

Dagegen dürfen wir zur Unterstützung unserer Ansicht folgende Stellen anführen.

Imp. Alexander A. Septimio[134] (a. 233). —

In c. 5 C. qui potiores (8, 18).

„Prior quidem creditor compelli non potest, tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre, sed si tu illi[134] omne quod debetur solveris, pignoris tui[134] causa firmabitur“ [135].

Nach dem kaiserlichen Rescripte soll der vorgehende Pfandgläubiger zur Abfindung des späteren nicht angehalten werden können. Ob er aber überhaupt offeriren dürfe, ist bestritten.

Zunächst geben wir vollständig zu, daß der Wortlaut des Rescriptes allein nicht mit logischer Nothwendigkeit darauf hinweist, die Frage zu bejahen. Es kann der Zwang zum Auskaufe geleugnet werden, ohne daß darin die Anerkennung der Befugniß liegen muß, wie Linde vollkommen richtig bemerkt hat[136]. Es ist dies möglich; indessen eine Möglichkeit, die nach den Regeln des Denkens nicht zu vermuthen ist. Es wäre überflüssig und bedeutungslos, die Frage nach dem Zwange zu erörtern, wenn selbst das Recht abgesprochen würde, das zu thun, wozu man gezwungen

---

134) In Betreff kleiner Abweichungen der Lesart vgl. edit Herrmanni p. 532. —

135) Die Basiliken XXV, 5, 32 geben die Stelle folgendermaßen (ed. Heimbach, tom. III p. 83): „Ὁ προγενέστερος δανειστὴς οὐκ ἀναγκάζεται τῷ μετ' αὐτὸν δανειστῇ προσφέρειν τὸ χρέος· ὁ μέντοι δεύτερος τελευταῖος δύναται τοῦτο ποιῶν τὸ ἐνέχυρον βεβαιοῦν;“ — „prior creditor non compellitur posteriori creditori debitum offerre. Secundus tamen postremus hoc faciendo pignus confirmare potest —“. Vgl. auch die Veronesische Scholie dazu (Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft, XV Bd., S. 128, No. 306): „— ὁ μέντοιγε δεύτερος τῷ πρώτῳ καὶ ἄκοντι προσφέρει —“ „secundus autem primo etiam invito offert —“. Die meisten Interpreten geben nur ängstliche Umschreibungen der Stelle; vgl. z. B. Joh. Brunnemann, comm. in cod. Just. ad h. l. — „sed primus creditor compelli non potest, ut debitum secundo creditori offerat, sed contra, si secundus totum debitum primo offerat —“; Anton Perez, praelectiones in XII libr. codicis ad h. l. u. A. —

136) Linde, a. a. O. (s. Anm. 39 u. 41). —

oder nicht gezwungen werden soll. Die rechtliche Möglichkeit ist eben Voraussetzung für die rechtliche Nothwendigkeit [137]).

Es ist aber nicht genug, das Rescript seinem Wortlaute nach nothdürftig zu interpretiren, sondern wir müssen uns wo möglich Rechenschaft zu geben suchen von dem Sinn und der Bedeutung desselben gegenüber dem ursprünglichen Rechtsfall, auf den es sich bezog. Rein müßig und nur der Theorie wegen, das dürfen wir annehmen, hat der Kaiser Alexander gewiß nicht den Satz ausgesprochen: „prior quidem creditor compelli non potest, tibi — — — debitum offerre"; sondern die Antwort war durch die Frage hervorgerufen. Wie lagen nun die Verhältnisse der Parteien und wie lautete das Verlangen des Petenten?

Und hier glauben wir nun, daß den Vertheidigern der gegnerischen Ansicht die Anknüpfung des Rescriptes an ein gegebenes thatsächliches Verhältniß kaum mit einiger Wahrscheinlichkeit gelingen wird. Denn war in dem römischen Rechte anerkannt, daß das jus offerendi, als Ausnahmerecht des nachstehenden Pfandgläubigers, dem besseren gar nicht gebühre, wie kam dann der Gegner dieses letzteren zu der Frage, ob der erste Gläubiger nicht genöthigt werden könnte, ihm, dem zweiten, zu offeriren? Und warum wies dann der Kaiser das Ansinnen nicht mit der Bemerkung zurück, daß der erste Pfandgläubiger das jus offerendi gar nicht besäße?

Im Einklang mit der herrschenden Ansicht dagegen können wir das Rescript einfach und natürlich erklären. Wir denken uns dann den Fall folgendermaßen. Ein nachstehender Pfandgläubiger ward als Besitzer der verpfändeten Sache mit der hypothekarischen Klage belangt und stellte dieser die Einrede des eigenen Rechtes entgegen. Auf die Replik des besseren Rechtes von Seiten des Klägers verlangte der Beklagte jedenfalls vor Herausgabe der Sache Oblation der ihm geschuldeten Summe. So kam der Fall an den Kaiser.

Nun findet sich allerdings wiederholt in den Quellen bezeugt,

---

137) Auch finden wir stets in den Quellen, wo der Zwang zu einem Thun abgesprochen wird, doch die Möglichkeit desselben anerkannt; z. B. l. 15 §. 5 de re judicata (42, 1), l. 6 pr. de pign. actione (13, 7), u. v. a. —

daß der nachstehende Gläubiger nicht allein, wann er will, zum Auskaufe schreiten kann, sondern auch zur Confirmation seines Pfandes[138]) des jus offerendi durchaus bedürftig ist. Denn ohne Oblation wird er mit der hypothekarischen Klage gegen den besseren Gläubiger nicht durchdringen[139]). Es kann somit in Betreff des nachstehenden Gläubigers wirklich von einem Zwange zum Auskaufe gesprochen werden[140]). Ja, an einer Stelle wird sogar der ganze Inhalt seines Rechtes auf diese eine Befugniß reducirt[141]).

Auf diese Sätze scheint sich in unserem Falle der Beklagte bei seiner Anfrage berufen zu haben. Allein die Sache lag hier anders. Der Kläger behauptete der bessere Pfandgläubiger zu sein. Einer Confirmation seines Rechtes gegenüber dem Beklagten bedürfte es deßhalb nicht und somit fiel die Nothwendigkeit des Auskaufes hinweg.

Daher gab der Kaiser zur Antwort:

„Der erste Gläubiger kann zwar nicht angehalten werden, dir, der du erst an zweiter Stelle das Pfand empfangen, das Geschuldete anzubieten; doch wenn du deinerseits jenem seine ganze Forderung abgezahlt haben wirst, wird dein Pfandrecht bekräftigt werden."

So, will uns dünken, wird der Gedankengang des Rescriptes befriedigend erklärt. Immer aber liegt sowohl der Frage des Petenten wie der Antwort des Kaisers die Annahme zu Grunde, daß an sich das jus offerendi auch dem prior creditor gebühre. Und so finden wir auch in dieser Stelle eine Bestätigung unseres Satzes.

Ein weiteres Argument, welches man bisher nicht beachtet hat, läßt sich einem Fragmente Papinians entnehmen.

---

138) l. 12 §. 12 de captivis (49, 15); c. 22 C. de P. et H. (8, 14); c. 1. 5 C. qui potiores (8, 18). —

139) l. 12 §. 7 qui potiores (20, 4); c. 10 C. qui potiores (8, 18); c. 1 C. si antiquior creditor (8, 20); Paul R. S. II, 13 §. 8. — So wird zuweilen die Oblation anstatt der hypothekarischen Klage genannt, vgl. c. 7 §. 8 C. de praescript. (7, 39). —

140) l. 12 §. 12 de captivis (49, 15): „— dimittendus est —"; c. un. C. etiam ob chirogr. pec. (8, 27): „— necessitas ei imponitur —". —

141) l. 12 §. 9 qui potiores (20, 4): „— et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et loco ejus succedat." —

Papinianus libro III Responsorum.
In l. 3 de distractione pignorum (20, 5).

„Quum prior creditor pignus jure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse jus offerendae pecuniae convenit. §. 1. Si tamen debitor non interveniente creditore pignus vendiderit, eiusque pretium priori creditori solverit, emtori poterit offerri, quod ad alium creditorem de numis eius pervenit et usurae medii temporis; nihil enim interest, debitor pignus datum vendiderit [142]), an denuo pignori obliget."

Der Verkauf des Pfandes von Seiten des erstberechtigten Gläubigers entzieht dem nachstehenden das jus offerendi. Anders aber, wenn der Schuldner selbst, ohne Zuthun des Gläubigers [143]), die verpfändete Sache verkaufte und mit dem Kaufpreis den vorstehenden Gläubiger abfand. Der Erwerber der Sache tritt zwar auch hier in die Rechte des abgefundenen Gläubigers ein [144]), selbst ohne ausdrückliche Pfandconvention [145]); dagegen bleibt er immer dem jus offerendi des nachstehenden Gläubigers ausgesetzt. Denn der Schuldner kann durch sein einseitiges Handeln die Lage seines Gläubigers nicht verschlechtern und es ist, wie Papinian hinzufügt, hinsichtlich der Zulässigkeit des Auskaufes einerlei, ob der Schuldner die verpfändete Sache verkaufte oder weiter zum Pfande hingab.

Wenn wir nun aber erwägen, daß in dem letzteren Falle, bei weiterer Verpfändung, der neue Gläubiger als der jüngste die unterste Stelle einnehmen wird, und der zweite dennoch nach Papinians Zeugniß demselben offeriren darf: so haben wir in den Worten, in der Allgemeinheit, wie sie gesagt sind, eine bestimmte Anerkennung unseres Satzes.

---

142) Hal.; „vendidit" Florent. —

143) Die Einwilligung des Gläubigers in den Verkauf würde als ein Verzicht seines Rechtes angesehen werden; vgl. l. 8 §. 6 sq. quibus mod. pignus (20, 6). —

144) Vgl. auch l. 17 qui potiores (20, 4). —

145) l. 3 quae res pignori (20, 3): „— quo casu emtoris causa melior efficietur —". —

§. 5.

Aber auch die Vertheidiger der gegnerischen Ansicht haben zur Unterstützung derselben Zeugnisse der Quellen anzuführen gesucht. Namentlich haben sie sich auf verschiedene Stellen berufen, die nur von dem jus offerendi des nachstehenden Pfandgläubigers reden [146]), dann auf die Constitution Justins über die Verjährung der hypothekarischen Klage [147]), und endlich auf ein Fragment Tryphonins aus dem vierten Buche seiner Disputationen.

Die ersteren Stellen sind jedoch offenbar unbeweisend. Denn da von keiner Seite in Abrede gestellt wird, daß das jus offerendi hauptsächlich und vor allem dem nachstehenden Pfandgläubiger zur Confirmation seines Pfandrechtes diene, dem besseren Gläubiger dagegen nur bisweilen Vortheile zu bringen vermöge: so ist nichts natürlicher, als daß auch in den Quellen der Oblation von Seiten eines schlechteren Gläubigers weit häufiger gedacht wird. Daß aber dennoch nicht allein von dem Auskaufsrechte des nachstehenden gesprochen wird, sondern in einzelnen Stellen auch von dem des besseren Gläubigers, das haben wir in den beiden letzten Paragraphen zu zeigen versucht. Aehnlich ist umgekehrt längere Zeit die wirkliche und nicht bloß eventuelle Pfandberechtigung des nachstehenden Gläubigers, sowie dessen Verkaufsbefugniß bestritten gewesen. Denn das stärkere Recht des ersten Pfandgläubigers' drängte die Befugnisse des zweiten so in den Hintergrund, daß selbst die Römer bisweilen diese letzteren lediglich auf das jus offerendi beschränkten. [148]) Wir dürfen uns aber eben deßhalb nicht wundern, wenn auf der andern Seite die anderweiten und gewöhnlich vollkommen ausreichenden Befugnisse des ersten Pfandgläubigers sein Auskaufsrecht seltener erscheinen lassen.

---

146) So die Worte des Titels: „qui potiores et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt“, Dig. l. 20, tit. 4; vgl. Sintenis, Pfandrecht S. 414. —

147) c. 7 § 3 C. de praescript XXX vel. XL ann. (7, 39): „Eodem jure pro temporum computatione observando, et si posterior creditor anteriori creditori offerre debitum paratus est, et is creditor longaevam possessionis praescriptionem ei opponere conatur.“ —

148) l. 12 § 9 qui potiores (20, 4). —

Viel mehr Schein hat eine andere Erklärung unseres Fragmentes für sich, zu welcher sich schon die Westgothische Uebertragung neigte [127]) und welche von jeher viele Vertheidiger gefunden hat [128]). Paulus soll hiernach einen Fall vor Augen gehabt haben, wo der erste Pfandgläubiger, im Besitze der verpfändeten Sache, von einem nachstehenden Gläubiger mit der hypothekarischen Klage belangt wird, und durch das Angebot der ihm geschuldeten Summe die Einrede des gleichen oder besseren Pfandrechtes verliert. Und nun soll der letzte Theil unserer Stelle von der jedem Besitzer zustehenden Befugniß sprechen, durch Oblation die hypothekarische Klage zu entkräften und diese Befugniß allein auch dem besseren Pfandgläubiger zugestehen.

Gegen diese Interpretation möchten wir jedoch folgende Bedenken erheben.

Nothwendige Voraussetzung einer solchen Auffassung unseres Fragmentes ist natürlich, daß der erste Pfandgläubiger die verpfändete Sache besitze. Aber gerade das, wie wir glauben, ergiebt sich aus der Darstellung des Paulus nicht. Der nachstehende Pfandgläubiger, der im Eingange das jus offerendi eingeräumt erhält, wird freilich nicht als Inhaber angenommen; das geht aus den Worten „quo possessio in eum transferatur“ mit aller Deutlichkeit hervor. Daraus allein folgt aber noch nicht, daß der

---

127) Ad Paul. R. S. II, 13 §. 8: „Si duo creditores unum pignus debitoris habeant obligatum et posterior creditor priori creditori pecuniam offerat, potest pignus obligatum ad se transferre. Item prior creditor, licet potior sit in pignore retinendo, si offerat pecuniam, potest apud se pignus retinere.“ — Freilich will Schmid (a. a. O. S. 313) auch in dieser Uebertragung den von uns angenommenen Gedanken des Paulinischen Fragmentes wiederfinden und zwar wegen des wiederholt gebrauchten „offerre“. Da jedoch dies Wort gewissermaßen ein neutrales ist und wie von dem Auskaufsrechte so auch von der Oblationsbefugniß des Inhabers gebraucht werden kann, außerdem aber in der westgothischen Erklärung Besitz des ersten Pfandgläubigers offenbar vorausgesetzt und Erhaltung dieses Besitzes ausdrücklich als Zweck der Oblation bezeichnet wird: so dürfte es mindestens zweifelhaft sein, ob auch die Interpretation Anians zur Unterstützung unserer Ansicht benutzt werden kann. —

128) So Cujacius l. c. (s. Anm. 26), Leyser l. c. (s. Anm. 31), Fritz a. a. O. (s. Anm. 42), Gesterding a. a. O. (s. Anm. 19), Bachofen a. a. O. S. 505. —

erste Pfandgläubiger von **Paulus** als Besitzer gedacht werde, und namentlich nicht, daß er auch in der zweiten Hälfte unserer Stelle als solcher angesehen werden müßte. Denn das vorliegende Fragment ist kein Responsum, das für einen wirklichen Rechtsstreit gegeben wurde, und braucht sich daher nicht an einmal gegebene thatsächliche Verhältnisse zu binden. Bei rein theoretischen Ausführungen aber ist nichts natürlicher, als daß die faktischen Prämissen, welche den einzelnen Entscheidungen zu Grunde liegen, von Satz zu Satz verändert gedacht werden. Ja, die Verbindung „sed et" und die dadurch gezogene Parallele weist uns selbst darauf hin, uns für die nachfolgende Entscheidung die thatsächliche Lage gerade umgekehrt vorzustellen, als wie sie im Eingange gesetzt ward.

Indeß halten wir, wie wir bereits andeuteten, die Alternative gar nicht von Nöthen, daß entweder der erste oder der zweite Gläubiger als Inhaber der verpfändeten Sache gelten müsse. **Paulus** scheint uns vielmehr drei concurrirende Pfandgläubiger im Sinn gehabt zu haben und davon den zweitberechtigten als Besitzer. Die Unterscheidung von „novissimus creditor", „prior", „secundus", namentlich aber der ersterwähnte Superlativ, weist, wie wir glauben möchten, mit ziemlicher Nothwendigkeit darauf hin. Nehmen wir dies an, so ist auch der Parallelismus der beiden Glieder vollständig gewahrt. Der jüngste Pfandgläubiger, sagt **Paulus**, soll seinem Vorgänger offeriren dürfen, um so den Besitz zu erlangen. Aber auch der erste Gläubiger soll den zweiten auskaufen können, falls er es vorziehen sollte, obschon er vor diesem im Pfandrechte den Vorrang hat, d. h. durch die hypothekarische Klage den Besitz erstreiten kann [129]), ohne auskaufen zu müssen.

Aber wenn wir selbst, dem Gedankengang der Stelle kaum entsprechend, den ersten Gläubiger als Besitzer der verpfändeten Sache annehmen wollten, dürften wir doch nicht das in dem letzten Satze anerkannte Recht auf die Oblationsbefugniß eines Pfandinhabers beschränken. Dem ständen die Worte entgegen „sed et", welche eine Gleichstellung der beiden Pfandgläubiger hinsichtlich

---

128) „Potior in pignore" ist „qui prior convenerit de pignore", l. 12 §. 10 qui potiores (20, 4), d. h., da die Zeit der Convention für die Pfandklage entscheidend ist, wer mit der Pfandklage durchdringt, l. 12 pr. eodem. —

ihrer Rechte bezwecken, so wie namentlich der Sprachgebrauch des Wortes „dimittere", das stets ein wirkliches Abfinden, nicht bloß ein Zahlungsangebot, bedeutet.

Wir glauben daher, daß wir auch dann einzig die Interpretation aufrecht erhalten müßten, die wir oben zu geben versuchten, und wonach Paulus das Auskaufsrecht des ersten Pfandgläubigers ausdrücklich bezeugt.

---

§. 4.

Die Stelle des Paulus ist aber nicht die einzige, die das jus offerendi des besseren Pfandgläubigers bekundet. Auch in den Justinianischen Quellen finden sich Spuren dieses Satzes. Freilich darf man hierzu nicht, wie öfters geschehen ist [130]), solche Fragmente heranziehen, in denen entweder das Pfandrecht des offerirenden Gläubigers zwar früher datirt, aber doch dem des auszukaufenden Gläubigers nachsteht [131]); oder in denen ein Gläubiger, der zuerst nur ein einzelnes Object vom Schuldner obligirt erhielt und später erst, zu weiterer Sicherheit, das übrige inzwischen an einen Dritten verpfändete Vermögen, zur Confirmation seines Rechtes an diesem letzteren den zweiten Gläubiger des Schuldners, seinen Vorgänger, abfinden muß [132]); noch endlich Fälle, in denen der Offerent in Folge zweier besonderen Conventionen die Stellung eines ersten und dritten Pfandgläubigers in sich vereint, und in der letzteren Eigenschaft zum Auskaufe des zweiten Gläubigers schreitet [133]). Denn überall ist es hier der nachstehende Gläubiger — wenn auch dem Alter seines Rechtes nach der erste —, der zum Auskaufe zugelassen wird; und wir fragen nicht, ob unter Um-

---

130) So von Crusius l. c. (s. Anm. 24), Schilling a. a. O. (s. Anm. 53) u. A. —

131) l. 3 §. 1 qui potiores (20, 4). Vgl. l. 12 §. 12 de captivis (49, 15). —

132) l. 1 de distr. pign. (20, 5). —

133) l. 20 qui potiores (20, 4). —

ständen dem ersten, sondern ob dem besseren Gläubiger das jus offerendi gebühre.

Dagegen dürfen wir zur Unterstützung unserer Ansicht folgende Stellen anführen.

Imp. Alexander A. Septimio[134] (a. 233). —

In c. 5 C. qui potiores (8, 18).

„Prior quidem creditor compelli non potest, tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre, sed si tu illi[134] omne quod debetur solveris, pignoris tui[134] causa firmabitur“[135].

Nach dem kaiserlichen Rescripte soll der vorgehende Pfandgläubiger zur Abfindung des späteren nicht angehalten werden können. Ob er aber überhaupt offeriren dürfe, ist bestritten.

Zunächst geben wir vollständig zu, daß der Wortlaut des Rescriptes allein nicht mit logischer Nothwendigkeit darauf hinweist, die Frage zu bejahen. Es kann der Zwang zum Auskaufe geleugnet werden, ohne daß darin die Anerkennung der Befugniß liegen muß, wie Linde vollkommen richtig bemerkt hat[136]. Es ist dies möglich; indessen eine Möglichkeit, die nach den Regeln des Denkens nicht zu vermuthen ist. Es wäre überflüssig und bedeutungslos, die Frage nach dem Zwange zu erörtern, wenn selbst das Recht abgesprochen würde, das zu thun, wozu man gezwungen

---

134) In Betreff kleiner Abweichungen der Lesart vgl. edit Herrmanni p. 532. —

135) Die Basiliken XXV, 5, 32 geben die Stelle folgendermaßen (ed. Heimbach, tom. III p. 88): „Ὁ προγενέστερος δανειστὴς οὐκ ἀναγκάζεται τῷ μετ' αὐτὸν δανειστῇ προσφέρειν τὸ χρέος· ὁ μέντοι δεύτερος τελευταῖος δύναται τοῦτο ποιῶν τὸ ἐνέχυρον βεβαιοῦν;“ — „prior creditor non compellitur posteriori creditori debitum offerre. Secundus tamen postremus hoc faciendo pignus confirmare potest —“. Vgl. auch die Veronesische Scholie dazu (Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft, XV Bd., S. 128, No. 306): „— ὁ μέντοιγε δεύτερος τῷ πρώτῳ καὶ ἄκοντι προσφέρει —“ „secundus autem primo etiam invito offert —“. Die meisten Interpreten geben nur ängstliche Umschreibungen der Stelle; vgl. z. B. Joh. Brunnemann, comm. in cod. Just. ad h. l. — „sed primus creditor compelli non potest, ut debitum secundo creditori offerat, sed contra, si secundus totum debitum primo offerat —“; Anton Perez, praelectiones in XII libr. codicis ad h. l. u. A. —

136) Linde, a. a. O. (s. Anm. 39 u. 41). —

oder nicht gezwungen werden soll. Die rechtliche Möglichkeit ist eben Voraussetzung für die rechtliche Nothwendigkeit [137]).

Es ist aber nicht genug, das Rescript seinem Wortlaute nach nothdürftig zu interpretiren, sondern wir müssen uns wo möglich Rechenschaft zu geben suchen von dem Sinn und der Bedeutung desselben gegenüber dem ursprünglichen Rechtsfall, auf den es sich bezog. Rein müßig und nur der Theorie wegen, das dürfen wir annehmen, hat der Kaiser Alexander gewiß nicht den Satz ausgesprochen: „prior quidem creditor compelli non potest, tibi — — — debitum offerre“; sondern die Antwort war durch die Frage hervorgerufen. Wie lagen nun die Verhältnisse der Parteien und wie lautete das Verlangen des Petenten?

Und hier glauben wir nun, daß den Vertheidigern der gegnerischen Ansicht die Anknüpfung des Rescriptes an ein gegebenes thatsächliches Verhältniß kaum mit einiger Wahrscheinlichkeit gelingen wird. Denn war in dem römischen Rechte anerkannt, daß das jus offerendi, als Ausnahmerecht des nachstehenden Pfandgläubigers, dem besseren gar nicht gebühre, wie kam dann der Gegner dieses letzteren zu der Frage, ob der erste Gläubiger nicht genöthigt werden könnte, ihm, dem zweiten, zu offeriren? Und warum wies dann der Kaiser das Ansinnen nicht mit der Bemerkung zurück, daß der erste Pfandgläubiger das jus offerendi gar nicht besäße?

Im Einklang mit der herrschenden Ansicht dagegen können wir das Rescript einfach und natürlich erklären. Wir denken uns dann den Fall folgendermaßen. Ein nachstehender Pfandgläubiger ward als Besitzer der verpfändeten Sache mit der hypothekarischen Klage belangt und stellte dieser die Einrede des eigenen Rechtes entgegen. Auf die Replik des besseren Rechtes von Seiten des Klägers verlangte der Beklagte jedenfalls vor Herausgabe der Sache Oblation der ihm geschuldeten Summe. So kam der Fall an den Kaiser.

Nun findet sich allerdings wiederholt in den Quellen bezeugt,

137) Auch finden wir stets in den Quellen, wo der Zwang zu einem Thun abgesprochen wird, doch die Möglichkeit desselben anerkannt; z. B. l. 15 §. 5 de re judicata (42, 1), l. 6 pr. de pign. actione (13, 7), u. v. a. —

daß der nachstehende Gläubiger nicht allein, wann er will, zum Auskaufe schreiten kann, sondern auch zur Confirmation seines Pfandes [138]) des jus offerendi durchaus bedürftig ist. Denn ohne Oblation wird er mit der hypothekarischen Klage gegen den besseren Gläubiger nicht durchdringen [139]). Es kann somit in Betreff des nachstehenden Gläubigers wirklich von einem Zwange zum Auskaufe gesprochen werden [140]). Ja, an einer Stelle wird sogar der ganze Inhalt seines Rechtes auf diese eine Befugniß reducirt [141]).

Auf diese Sätze scheint sich in unserem Falle der Beklagte bei seiner Anfrage berufen zu haben. Allein die Sache lag hier anders. Der Kläger behauptete der bessere Pfandgläubiger zu sein. Einer Confirmation seines Rechtes gegenüber dem Beklagten bedürfte es deßhalb nicht und somit fiel die Nothwendigkeit des Auskaufes hinweg.

Daher gab der Kaiser zur Antwort:

„Der erste Gläubiger kann zwar nicht angehalten werden, dir, der du erst an zweiter Stelle das Pfand empfangen, das Geschuldete anzubieten; doch wenn du deinerseits jenem seine ganze Forderung abgezahlt haben wirst, wird dein Pfandrecht bekräftigt werden."

So, will uns dünken, wird der Gedankengang des Rescriptes befriedigend erklärt. Immer aber liegt sowohl der Frage des Petenten wie der Antwort des Kaisers die Annahme zu Grunde, daß an sich das jus offerendi auch dem prior creditor gebühre. Und so finden wir auch in dieser Stelle eine Bestätigung unseres Satzes.

Ein weiteres Argument, welches man bisher nicht beachtet hat, läßt sich einem Fragmente **Papinians** entnehmen.

---

138) l. 12 §. 12 de captivis (49, 15); c. 22 C. de P. et H. (8, 14); c. 1. 5 C. qui potiores (8, 18). —

139) l. 12 §. 7 qui potiores (20, 4); c. 10 C. qui potiores (8, 18); c. 1 C. si antiquior creditor (8, 20); Paul R. S. II, 13 §. 8. — So wird zuweilen die Oblation anstatt der hypothekarischen Klage genannt, vgl. c. 7 §. 8 C. de praescript. (7, 39). —

140) l. 12 §. 12 de captivis (49, 15): „— dimittendus est —"; c. un. C. etiam ob chirogr. pec. (8, 27): „— necessitas ei imponitur —". —

141) l. 12 §. 9 qui potiores (20, 4): „— et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et loco ejus succedat." —

Papinianus libro III Responsorum.

In l. 3 de distractione pignorum (20, 5).

„Quum prior creditor pignus jure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse jus offerendae pecuniae convenit. §. 1. Si tamen debitor non interveniente creditore pignus vendiderit, eiusque pretium priori creditori solverit, emtori poterit offerri, quod ad alium creditorem de numis eius pervenit et usurae medii temporis; nihil enim interest, debitor pignus datum vendiderit [142]), an denuo pignori obliget."

Der Verkauf des Pfandes von Seiten des erstberechtigten Gläubigers entzieht dem nachstehenden das jus offerendi. Anders aber, wenn der Schuldner selbst, ohne Zuthun des Gläubigers [143]), die verpfändete Sache verkaufte und mit dem Kaufpreis den vorstehenden Gläubiger abfand. Der Erwerber der Sache tritt zwar auch hier in die Rechte des abgefundenen Gläubigers ein [144]), selbst ohne ausdrückliche Pfandconvention [145]); dagegen bleibt er immer dem jus offerendi des nachstehenden Gläubigers ausgesetzt. Denn der Schuldner kann durch sein einseitiges Handeln die Lage seines Gläubigers nicht verschlechtern und es ist, wie Papinian hinzufügt, hinsichtlich der Zulässigkeit des Auskaufes einerlei, ob der Schuldner die verpfändete Sache verkaufte oder weiter zum Pfande hingab.

Wenn wir nun aber erwägen, daß in dem letzteren Falle, bei weiterer Verpfändung, der neue Gläubiger als der jüngste die unterste Stelle einnehmen wird, und der zweite dennoch nach Papinians Zeugniß demselben offeriren darf: so haben wir in den Worten, in der Allgemeinheit, wie sie gesagt sind, eine bestimmte Anerkennung unseres Satzes.

---

142) Hal.; „vendidit" Florent. —

143) Die Einwilligung des Gläubigers in den Verkauf würde als ein Verzicht seines Rechtes angesehen werden; vgl. l. 8 §. 6 sq. quibus mod. pignus (20, 6). —

144) Vgl. auch l. 17 qui potiores (20, 4). —

145) l. 3 quae res pignori (20, 3): „— quo casu emtoris causa melior efficietur —". —

§. 5.

Aber auch die Vertheidiger der gegnerischen Ansicht haben zur Unterstützung derselben Zeugnisse der Quellen anzuführen gesucht. Namentlich haben sie sich auf verschiedene Stellen berufen, die nur von dem jus offerendi des nachstehenden Pfandgläubigers reden [146]), dann auf die Constitution Justins über die Verjährung der hypothekarischen Klage [147]), und endlich auf ein Fragment Tryphonins aus dem vierten Buche seiner Disputationen.

Die ersteren Stellen sind jedoch offenbar unbeweisend. Denn da von keiner Seite in Abrede gestellt wird, daß das jus offerendi hauptsächlich und vor allem dem nachstehenden Pfandgläubiger zur Confirmation seines Pfandrechtes diene, dem besseren Gläubiger dagegen nur bisweilen Vortheile zu bringen vermöge: so ist nichts natürlicher, als daß auch in den Quellen der Oblation von Seiten eines schlechteren Gläubigers weit häufiger gedacht wird. Daß aber dennoch nicht allein von dem Auskaufsrechte des nachstehenden gesprochen wird, sondern in einzelnen Stellen auch von dem des besseren Gläubigers, das haben wir in den beiden letzten Paragraphen zu zeigen versucht. Aehnlich ist umgekehrt längere Zeit die wirkliche und nicht bloß eventuelle Pfandberechtigung des nachstehenden Gläubigers, sowie dessen Verkaufsbefugniß bestritten gewesen. Denn das stärkere Recht des ersten Pfandgläubigers drängte die Befugnisse des zweiten so in den Hintergrund, daß selbst die Römer bisweilen diese letzteren lediglich auf das jus offerendi beschränkten. [148]) Wir dürfen uns aber eben deßhalb nicht wundern, wenn auf der andern Seite die anderweiten und gewöhnlich vollkommen ausreichenden Befugnisse des ersten Pfandgläubigers sein Auskaufsrecht seltener erscheinen lassen.

---

146) So die Worte des Titels: „qui potiores et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt", Dig. l. 20, tit. 4; vgl. Sintenis, Pfandrecht S. 414. —

147) c. 7 § 3 C. de praescript XXX vel. XL ann. (7, 39): „Eodem jure pro temporum computatione observando, et si posterior creditor anteriori creditori offerre debitum paratus est, et is creditor longaevam possessionis praescriptionem ei opponere conatur." —

148) l. 12 § 9 qui potiores (20, 4). —

Ebensowenig ist die angezogene Constitution Justins von Belang. Wir können wohl als erwiesen betrachten, daß darin nicht von der Verjährung des jus offerendi die Rede ist, sondern lediglich von der der hypothekarischen Klage.[149] Danach ist aber in der fraglichen Constitution nichts anders ausgesprochen, als daß der minderberechtigte Gläubiger nur nach geschehenem Auskaufe mit seiner Pfandklage gegen den besseren Gläubiger durchdringen kann; ein Satz, den auch Niemand bezweifelt.

Somit haben wir nur noch das Fragment Tryphonins zu betrachten. Wir wissen dem geistvollen Schriftsteller Dank, der zuerst diese interessante Stelle für unsere Frage benutzte[150], wenn wir auch kaum seine Ueberzeugung theilen können, daß bei Beachtung dieses Fragmentes unsere Controverse wohl niemals hätte entstehen können. Doch hören wir die Stelle selbst.

Tryphoninus libro IV Disputationum.

In l. 12 § 12 de captivis (49, 15).

„Si pignori servus datus fuerat ante captivitatem, post dimissum redemtorem in veterem obligationem revertitur, et si creditor obtulerit ei, qui redemit, quanto redemtus est, habet obligationem in propriorem[151] debiti causam, et in eam summam, qua eum liberavit, quasi ea obligatione quadam Constitutione inducta, ut quum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa; nisi quod in hoc conversa[152] res est, et posterior, * qui apud nos esset prior*[153], quia eum servum, ut apud nos esset, efficit,

---

149) Vgl. Thon, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. VIII, S. 22. —.

150) Bachofen, a. a. O. S. 509. —

151) Hal. „propiorem“, Faber (Schulting, notae ad h. l.) nach der Vulgata „priorem.“ Allein es wird das Pfandrecht für die ursprüngliche Forderung (propria, verstärkt proprior) dem durch die Oblation neu erworbenen entgegengesetzt; vgl. Bachofen, a. a. O. Anm. 1). —

152) „diversa“ Vulgata. —

153) Die Kriegelsche Ausgabe bezeichnet diese Worte durch beigefügte Sternchen als verdächtig. —

ab eo, qui tempore prior fuit, ut infirmiore[154]) dimittendus est."

Der Loskäufer eines fremden Sclaven galt nach der neueren Gesetzgebung[155]) so lange als Eigenthümer, bis durch die Abzahlung des Ankaufspreises der Eintritt des postliminium herbeigeführt wurde. Durch die Abzahlung ward der Anspruch des Käufers getilgt und der frühere Eigenthümer erhielt sein Recht zurück. Dies ganze Verhältniß hatte so viel Aehnlichkeit mit dem Pfandnexus, daß man kein Bedenken trug, den redemtor gegenüber den Pfandgläubigern aus der Zeit des früheren Eigenthümers nur als besser berechtigten Pfandinhaber zu behandeln und demgemäß den minderberechtigten Gläubigern das jus offerendi einzuräumen.[156]) Um dieses dreht sich nun die Disputation Tryphonins. Zuerst werden die Folgen des Angebotes besprochen, ein Gegenstand, der uns hier nicht interessirt. Alsdann wird ein Unterschied zwischen der Oblation unter Conventional-Pfandgläubigern und der gegen den redemtor zugelassenen erwähnt. Darauf haben wir hier unser Augenmerk zu richten. Unter den Conventional-Pfandgläubigern wird der spätere den früheren abfinden müssen. Bei dem redemtor dagegen steht die Sache umgekehrt. Das Angebot muß hier von einem der Zeit nach früheren Gläubiger ausgehen. Denn der redemtor, wenn gleich der Zeit nach später, ist doch wegen seiner in rem versio dem Rechte nach stärker und kann von den früheren Gläubigern Oblation beanspruchen.

Soweit Tryphonin. Wir sind bei der Erklärung der Stelle mit Absicht wesentlich der Darstellung Bachofens gefolgt. Wird aber durch dieselbe die Gegenseitigkeit des jus offerendi widerlegt? Wir glauben nicht. Auch in dem vorliegenden Fragmente finden wir weiter nichts gesagt, als daß der nachstehende Gläubiger zur Confirmation seines Pfandrechtes das jus offerendi bedarf und daher indirekt zum Auskaufe gezwungen ist[157]), nicht

---

154) „infirmior" Vulgata. —

155) Tryphonin erwähnt ausdrücklich eine Constitutio, l. 12 § 8. 9 de captivis (49, 15). —

156) Ueber das ganze Rechtsverhältniß vgl. Bachofen, a. a. O. S. 273 fg. —

157) „—nisi quod in hoc conversa res est et posterior — — — — dimittendus est." —

aber auch, daß er überhaupt allein zum Auskaufe befugt sei. Ja, in der Aufstellung der Frage, wer abfinden müsse, ob der prior creditor oder der posterior, liegt nach unserer Meinung schon die stillschweigende Voraussetzung versteckt, daß das Recht zum Auskaufe einem Jeden gebühre.

Auch dies Fragment kann daher unsere Ansicht nicht erschüttern.

---

§. 6.

Wir haben schließlich noch einen Einwurf zu prüfen, den die Gegner meist wider unsere Ansicht erheben.[158] Es soll nämlich die Gegenseitigkeit des jus offerendi an ihrer praktischen Undurchführbarkeit scheitern. Denn wenn der erste und der zweite Pfandgläubiger gleichzeitig gegen einander von ihrem Rechte Gebrauch machen wollten, so entstände ein Conflikt, zu dessen genügender Lösung jeder Anhaltspunkt fehle.

Gegen diesen Einwand hätten wir nun zunächst zweierlei zu erinnern. Einmal haben wir gesucht, aus den Quellen selbst das Recht der Römer zu erkennen und dürfen uns von der hiernach gewonnenen Überzeugung deßhalb nicht abwenden, weil der Verwirklichung dieses Rechtes im Leben unter Umständen Schwierigkeiten entgegenstehen könnten. Andernseits möchten wir aber auf Folgendes aufmerksam machen. Wenn wirklich aus der Collision zweier Oblationsberechtigten eine unlösbare Verwirrung entstehen sollte — was aber, wie wir zeigen werden, in keiner Weise der Fall ist — so werden auch die Gegner diese Klippe nicht vermeiden. Denn wenn sie auch die Gegenseitigkeit des jus offerendi verneinen und damit den möglichen direkten Conflikt zweier Oblationsberechtigter wider einander umgehen, so bleibt doch eine andere Collision unausweichlich. Es ist anerkanntes Recht, daß nicht allein der zweite Gläubiger dem ersten offeriren kann, sondern auch der

---

158) Z. B. Linde, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, V, S. 299 und VI, S. 223. — Sintenis, Pfandrecht, S. 414. —

dritte und vierte.[159]) Wie nun, wenn diese verschiedenen nachstehenden Gläubiger zu gleicher Zeit ihren Vormann auszukaufen bereit sind? Wer geht dann vor, der zweite, der dritte, der letzte? Und ist dieser Conflikt nicht ganz derselben Art, als wenn der erste und zweite Gläubiger sich gegenseitig abzufinden verlangen? Wenigstens findet sich auch hier keine Entscheidung der Quellen und auch hier sind wir lediglich an allgemeine Prinzipien gewiesen. Halten wir aber an diesen Grundsätzen fest, so ist es möglich, auch die scheinbaren Schwierigkeiten, die aus unserer Ansicht folgen, mit Leichtigkeit zu entscheiden.

Freilich, wir geben es zu, die Art und Weise, wie man bisher den Conflikt zweier Oblationsberechtigten zu lösen versuchte, war nicht danach angethan, unsere Gegner zu überzeugen. Denn die Auswege, die man ergriff, meist auch unbefriedigend in ihren Resultaten, entbehrten durchgehends jeder positiven Begründung. Es lag dies daran, daß man nicht von dem inneren Wesen des jus offerendi ausging und von den rechtlichen Voraussetzungen desselben, sondern nach vermeintlichen allgemeinen Regeln entschied, uneingedenk der Warnung des Paulus: „non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat.“[160])

Wir wollen jetzt die bisher aufgestellten Lösungsversuche einzeln betrachten.

1) Schweppe[161]) meint: „Wer ausgekauft werden soll, hat immer einen gerechten Grund, selbst auszukaufen und geht dann wegen der par causa als der in Anspruch Genommene vor.“

Auch Seuffert[162]) und Valett[163]) theilen diese Ansicht.

Nun wollen wir gar nicht fragen, ob die behauptete gleiche Lage des angegriffenen Gläubigers einen Grund abgeben könne

---

159) l. 16 qui potiores (20, 4): „— Plane quum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur — —“. —

160) l. 1 de R. J. (50, 17). —

161) Schweppe, a. a. O. (s. Anm. 48) S. 338. —

162) Seuffert, a. a. O. (s. Anm. 51), S. 311: „der Pfandgläubiger, welchem der Auskauf angeboten wird, kann denselben dadurch abwenden, daß er seinerseits den Offerenten auszukaufen bereit ist.“ —

163) Valett, a. a. O. (s. Anm. 32): „— bei Collision der Angegriffene.“ —

für eine solche Entscheidung; wir wollen nur prüfen, ob es wirklich eine Entscheidung ist.

Setzen wir den Fall, der erste Gläubiger wolle dem zweiten offeriren. Der letztere hat nun nach der Meinung der angeführten Schriftsteller einen gerechten Grund selbst auszukaufen als „der in Anspruch Genommene," und ist daher bereit den ersten abzufinden. Doch jetzt hat dieser wieder consequenter Weise, als der angegriffene Gläubiger, gerechte Ursache, seinerseits den zweiten Gläubiger auszukaufen, und so entsteht ein ewiger Kreislauf. Denn wie soll er enden? Und wer hat schließlich den entscheidenden Anspruch?

Doch nehmen wir an, was aus den Worten nicht hervorgeht, die Meinung der angeführten Schriftsteller ginge dahin, daß der zuerst in Anspruch Genommene den Vorzug habe im jus offerendi. Auch hier kümmern wir uns zunächst nicht um den Grund; wir würden so wohl vergeblich danach fragen. Allein wie ist nach dieser Ansicht der Fall zu lösen, wenn beide Gläubiger zu gleicher Zeit einander auskaufen wollen? Wer ist hier als der „in Anspruch Genommene" zu betrachten und hat demgemäß das stärkere Recht?

Wir sehen, ganz abgesehen von der Willkürlichkeit dieser Erklärung, gibt sie für den eigentlich von den Gegern als unlösbar angesehenen Fall gar keine Entscheidung an die Hand.

2) Eine andere Lösung hat Glück[164]) versucht. Nach ihm soll der Besitz der verpfändeten Sache den Ausschlag geben. Denn es heiße ja in den Quellen: „in pari causa melior est conditio possidentis."

Wir glauben auch bei dieser Meinung nicht länger verweilen zu müssen. Denn es ist offenbar verwerflich, eine für Besitzstreitigkeiten gegebene Norm zur Entscheidung einer Frage zu gebrauchen, die mit dem Besitze nicht im geringsten Zusammenhange steht. Und wenn weder der erste, noch auch der zweite Pfandgläubiger das Pfand inne hat, bleibt die Frage, wer vorgeht, immer ungelöst.

3) Bei den älteren Autoren findet sich meist ein gemischtes System. Zunächst soll der Besitz entscheiden. Ist aber keiner der Gläubiger im Besitze des Pfandes, dann soll der erste kraft seines

---

164) Glück, a. a. O. (s. Anm. 34) S. 358. —

besseren Rechtes dem zweiten vorgehen. Negusantius[165]) und Crusius[166]) vertheidigen diese Ansicht.

Das warum ist aber auch hier schwer zu ergründen. Denn entweder hat der erste Gläubiger ein besseres Oblationsrecht: so ist nicht einzusehen, warum er dies durch den Besitz des zweiten verlieren soll. Nur bei gleichem Rechte ist jedenfalls die Lage des Besitzers die bessere; wennschon die Ausübung des jus offerendi überhaupt mit dem Besitze des Pfandes nichts zu thun hat. Oder der erste Gläubiger hat dasselbe Oblationsrecht, wie der zweite: dann ist sein Vorzug beim Besitze eines Dritten unerklärlich. Die Combination dieser beiden Prinzipien scheint uns einen inneren Widerspruch zu enthalten.

4) Endlich ist noch einer vierten Ansicht zu gedenken, welche bereits von Connanus[167]) aufgestellt und wiederholt[168]) vertheidigt, jüngst wieder von Schmid[169]) eine genaue und sorgsame Ausführung erfahren hat. Hiernach soll bei einem Conflikte mehrerer auskaufslustiger Pfandgläubiger der bessere dem schlechteren vorgehen. Und zwar denkt sich der letztgenannte Schriftsteller die praktische Verwirklichung dieses Satzes im Einzelnen folgendermaßen:

„Diese Ordnung des Ausbietungsrechts bewirkt auch nicht etwa eine unlösbare Verwicklung, wenn beide Pfandgläubiger mehrere Forderungen mit Pfandrechten verschiedener Priorität an derselben

---

165) Negusantius, tract. de pignoribus, V pars, membr. 3 Nr. 18, 19. —

166) Crusius, de jure offerendi, c. VIII, No. 4 p. 60: "Porro, quod si tam primus quam secundus creditor habeant quidem hypothecam in re debitoris, secundus tamen possidet ac primo offert, dubitatur. An si primus creditor replicando, secundo offerre velit, audiendus sit? Et hoc casu placuit, posteriorem creditorem praeferri secundo," (muß heißen primo); „cujus rei duplex est ratio (1) quod in dubio judicandum pro reo, idque (2) potissimum, quod, cum par sit causa prioris et posterioris creditoris, in offerendo, in pari causa melior sit conditio possessoris." — „Quod si non secundus creditor, sed tertius possideat, tum primum offerentem secundo potiorem esse constat; — — — — qui enim prior tempore, necesse est, ut potior jure sit." —

167) Franc. Connanus, Comment. juris libr. IV, c. 18. —

168) Vgl. Schunk, Jahrbücher XVII Bd. S. 113 und XIX Bd. S. 124. —

169) Schmid, Cession, I Bd., S. 343—3[illegible]. —

Sache haben, z. B. A an erster Stelle eine Forderung von 200 und an dritter Stelle eine Forderung von 100, B dagegen an zweiter Stelle eine Forderung von 200 und an vierter Stelle eine Forderung von 100. Denn A hat durch die Forderung an erster Stelle ein Zwangsrecht gegen B auf Leiden des Auskaufs der zweiten und vierten Stelle und durch die Forderung an dritter Stelle ein Zwangsrecht gegen B auf Leiden des Auskaufs der vierten Stelle und auf Leiden des Auskaufs der zweiten oder Thun des Auskaufs der dritten Stelle. B dagegen hat durch die Forderung an zweiter Stelle ein Zwangsrecht gegen A auf Leiden des Auskaufs der dritten Stelle und auf Leiden des Auskaufs der ersten oder Thun des Auskaufs der zweiten Stelle; und durch die Forderung an vierter Stelle ein Zwangsrecht gegen A auf Leiden des Auskaufs der ersten wie der dritten Stelle oder Thun des Auskaufs der vierten Stelle. Dringt also A gegen B auf Dulden des Auskaufs der zweiten Stelle, so müßte sich B diesen Auskauf wegen des besseren Pfandrechts des A an erster Stelle gefallen lassen, wenn er nicht sofort wegen seines Pfandrechts an vierter Stelle das Dulden des Rückkaufs der zweiten Stelle oder das Thun des Auskaufs der vierten Stelle verlangen, mit andern Worten, den A nöthigen könnte, entweder den Auskauf der zweiten Stelle zu unterlassen oder neben der zweiten Stelle auch die vierte Stelle auszukaufen."

„Dringt umgekehrt B gegen A auf Dulden des Auskaufs der ersten oder Thun des Auskaufs der vierten Stelle, so kann A den Auskauf der ersten Stelle dulden [170]) oder den Auskauf der vierten Stelle thun; er kann aber auch sofort vermöge seines Pfandrechts an dritter Stelle das Dulden des Rückkaufs der ersten oder das Thun des Auskaufs der dritten Stelle verlangen, mit andern Worten, den B nöthigen, entweder den Auskauf der ersten Stelle zu unterlassen oder neben der ersten Stelle auch die dritte Stelle auszukaufen."

„Auf diese Weise geschieht es, daß kein Gläubiger vom anderen den Auskauf einer einzelnen Forderung zu dulden braucht, sondern stets verlangen kann, daß alle Forderungen Gegenstand

---

170) Citirt ist hier l. 20 D. qui potiores (20, 4). —

des Ankaufs werden, wobei dann wieder unter zwei zum Auskauf aller gegenseitigen Forderungen gleich bereiten Gläubigern derjenige vorgeht, welcher die besten aller in Betracht kommenden Prioritäten inne hat."

Zunächst ist uns in dieser Darstellung die stete Erwähnung eines Zwangsrechtes auf Leiden des Auskaufes auffallend. Denn wenn, wie wir wissen, der Auskauf bei verweigerter Annahme der offerirten Summe durch Deposition der letzteren bewerkstelligt wird [171]), also ganz ohne Hinzuthun des abzufindenden Gläubigers erfolgt, und ohne daß diesem nur die Möglichkeit verbleibt, die Abfindung zu hindern [172]): so sieht man nicht recht ein, worin der rechtliche Anspruch auf „Leiden des Auskaufs" bestehen soll. Die Quellen wenigstens erwähnen wohl die Thatsache der Abfindung eines Gläubigers durch den andern, doch nirgends einer auf Leiden dieses Auskaufes gerichteten Klage; und wiederholt wird von dem jus offerendi in einer Weise gesprochen, daß es als ein unbedingtes Recht des nachstehenden Gläubigers erscheint, unabhängig von dem Umstande, ob der bessere Gläubiger seinerseits auskaufen will oder nicht. [173]) Schon dieser Punkt allein ist im Stande, uns die vorgetragene Theorie einigermaßen bedenklich erscheinen zu lassen.

Allein es sind positive Zeugnisse der Quellen, auf die sich Schmid zur Begründung seiner Ansicht beruft. Die bestimmte Anerkennung der dargelegten Grundsätze soll sich sowohl in einem Rescripte der Kaiser Sever und Antonin, als auch in einem Papinianischen Fragmente finden.

Das erstere lautet folgendermaßen.

Impp. Severus et Antoninus AA. Plocio (a. 207).
In c. 2 C. de fidejussoribus et mandatoribus (8, 41).
„Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fidejussorem accepit, licet, si malit [174]), fidejussorem con-

171) c. 1 C. potiores (8, 18); vgl. Schmid, a. a. O., S. 309 fg. —

172) „— ὁ μέντοιγε δεύτερος τῷ πρώτῳ καὶ ἄκοντι προσφέρει", „secundus autem primo etiam invito offert"; Veronesische Scholie zu c. 5 C. qui potiores (8, 18), s. Anm. 135. —

173) Z. B. l. 12 § 9 l. 20 qui potiores (20, 4). —

174) Kleine Abweichungen der Lesart siehe in der ed. Hermanni, p. 547.

venire in eam pecuniam, in qua[174]) se obligaverit. Quod quum facit, debet jus pignorum in eum transferre. Sed quum in aliam quoque causam[174]) eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum exsolvatur."

Wir geben zunächst unsere Auffassung der Stelle.

Vor dem Rechte der Novelle 4 hatte ein Gläubiger, dessen Forderung sowohl durch Bürgen wie durch Pfänder gesichert war, freie Wahl, sich zu seiner Befriedigung in erster Linie an die einen oder an die andern zu halten.[175]) Zog er es aber vor, zunächst den Bürgen zu belangen, so brauchte dieser ihm nur gegen Uebertragung des jus pignorum Zahlung zu leisten. Diese Uebertragung erfolgte durch Cession der persönlichen Forderung gegen den Hauptschuldner nebst dem dazu gehörigen Pfandrechte, jedoch in der Form des Pfandverkaufs.[176]) Denn nur so war es möglich, die Zahlung nicht als debiti solutio, sondern als Entrichtung des Kaufpreises aufzufassen und die Fortdauer des Pfandrechtes bei dem Bürgen zu erklären.[177]) Doch wurde der letztere nur dem Namen nach Käufer, der Sache nach nichts weiter als Pfandcessionar.[178])

Diese Pflicht zur Uebertragung wurde nun in unserem Rescripte von den Kaisern bestätigt, doch nur mit einem wesentlichen Vorbehalt. Wenn nämlich dem Gläubiger dieselben Pfandstücke noch

---

175) l. 51 § 3 de fidejussoribus (46, 1); in Betreff des „simpliciter" vgl. l. 52 pr. l. 63 eodem. —

176) Papinianus in l. 2 de distr. pign. (20,5): „Fidejussor conventus officio judicis assecutus est, ut emtionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet; nihilo minus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae, quam fidejussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit, nam huiusmodi venditio transferendi pignoris causa necessitate iuris fieri solet." Vgl. l. 59 de fidejussoribus (46, 1). —

177) l. 36 de fidejussoribus (46, 1): „— non — in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit; et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones." (Vgl. über diese Worte Bachofen, a. a. O., S. 531); l. 10 pr. l. 17 de fidejussoribus (46, 1); l. 76 de solution. (46, 3). —

178) Abweichend Schmid, a. a. O. S. 236 fg. —

für andere Forderungen haften, für die der Bürge nicht einzustehen hat, so soll der Gläubiger zur Uebertragung der Pfänder nicht eher gezwungen werden, als bis der Bürge außer für die verbürgten Pfandschulden auch noch für die unverbürgten Pfandschulden Zahlung geleistet hat.

Der Grund dieser Erscheinung ist nach unserer Ansicht nicht schwer zu finden. Die Billigkeit verlangt, daß der Anspruch des Bürgen die Stellung des Gläubigers selbst nicht beinträchtige. Dem obligatorischen Rechte des Bürgen auf Pfandübertragung steht aber in solchem Falle das dingliche Recht des Gläubigers an den ihm gegebenen Pfändern gegenüber. Die Tilgung dieser Pfandrechte muß daher dem Verlangen der Ueberlassung vorausgehen. Gleichgültig ist es hierbei, ob die verbürgte Forderung die bessere oder die schlechtere Pfandforderung ist.

Wenden wir uns nun zu der Schmidschen Interpretation des Rescriptes. Die thatsächlichen Prämissen sowohl, wie auch die kaiserliche Entscheidung selbst werden in den wesentlichen Punkten gleichartig aufgefaßt. Doch die Begründung dieser Entscheidung wird auf ganz andere Weise geführt. Dieselbe lautet also:

„Denn der Bürge, welcher auch nach dem Ankaufe [der vom Pfandgläubiger jure creditoris verkauften Pfänder dem Ausbietungsrechte jüngerer Pfandgläubiger unterworfen bleibt[179]], würde ja als Inhaber des abgetretenen Pfandrechts vom Gläubiger vermöge der bei dem Letzteren zurückgebliebenen besseren oder schlechteren Pfandrechte sofort zur unbedingten Duldung des Rückkaufs, beziehungsweise zur Dulduug des Rückkaufs oder zum Thun des Auskaufs der andern Pfandrechte, mit andern Worten, zur Unterlassung des Ankaufs des einen Pfandrechts oder zum gleichen Ankaufe aller dem Gläubiger an derselben Sache zustehenden Pfandrechte genöthigt werden können."

Zunächst möchten wir gegen die Art dieser Beweisführung einige Bedenken erheben. Der Verfasser wollte die von ihm vertheidigte Ordnung des Auskaufsrechts durch das angezogene Rescript beweisen. Statt dessen erklärt er das Rescript unter Voraussetzung jener Ordnung. Sonach konnte er höchstens zu dem

---

179) Citirt sind: l. 2, l. 5 § 1 D. de distr. pign. (20, 5). —

Schlusse kommen, daß das Rescript mit seiner Ansicht wohl zu vereinen sei, nicht aber, daß es dieselbe beweise.

Aber fassen wir die angeführte Begründung der Stelle etwas näher in das Auge.

Das Rescript spricht ganz allgemein von der nothwendigen Auszahlung sämmtlicher Pfandforderungen, ohne Unterschied, ob sie der verbürgen im Pfandrechte vorgehen oder nicht. Auch Schmid erkennt dies an. Setzen wir nun zunächst den Fall, die verbürgte Schuld sei pfandrechtlich an erster Stelle versichert gewesen. Hier würde der Pfangläubiger, nach geschehener Uebertragung, wie Schmid annimmt, gegen den Bürgen als Inhaber des abgetretenen Pfandrechtes ein Zwangsrecht haben auf Duldung des Rückkaufs des abgetretenen oder auf Thun des Auskaufs der zurückgebliebenen Pfandrechte. Und weil dieses der Fall sein würde, soll der Bürge sogleich entweder zur Unterlassung des Ankaufs des einen Pfandrechts oder zum gleichen Ankauf aller dem Gläubiger an derselben Sache zustehenden Pfandrechte genöthigt werden können.

Eine solche Alternative kennt jedoch unser Rescript nicht. Der Bürge hat nicht die Wahl, entweder sämmtliche, oder keins der Pfandrechte anzukaufen. Es hieße dies letztere auch nur, dem Bürgen stände es frei, die verbürgte Schuld, wenn er wollte, nicht zu bezahlen. Denn der Kaufpreis des Pfandrechts, das müssen wir stets festhalten, ist eben die Zahlung der Bürgschaftssumme. Dem Gläubiger wäre dies Resultat aber gewiß am wenigsten willkommen.

Ganz unerklärlich bleibt jedoch die gegnerische Interpretation des Rescripts, sobald wir annehmen, das Pfand habe für die verbürgte Forderung nur an letzter Stelle gehaftet. In diesem Falle würde der Bürge nach Zahlung der verbürgten Schuld und Ankauf des Pfandes als Inhaber des abgetretenen Pfandrechts vermöge der bei dem Gläubiger zurückgebliebenen besseren Pfandrechte sofort zur unbedingten Duldung des Rückkaufs genöthigt werden können. Freilich wird der Gläubiger kaum dazu Lust haben; denn der Rückkaufspreis wäre ja gerade die eben erst vom Bürgen eingetriebene Summe. Allein dies wäre noch consequent und übereinstimmend mit der von Schmid vertheidigten Ordnung. Aber

wie, fragen wir nun, soll unser Rescript aus diesem Satze folgen? Wie läßt es sich hieraus rechtfertigen, den Bürgen zum Ankaufe sämmtlicher Pfandrechte zu zwingen? Man könnte, bei Annahme der gegnerischen Theorie, in diesem Falle vielleicht ein Zwangsrecht des Gläubigers auf Unterlassung des Ankaufs des einen Pfandrechts anerkennen — das heißt, mit andern Worten, auf Nichtbezahlung der verbürgten Summe! — aber nimmermehr eine Verpflichtung des Bürgen zum Ankauf der übrigen Pfandrechte. Diese Entscheidung des Rescripts steht sogar mit der gegnerischen Lehre in vollem Widerspruche.

Wir sehen, die Oblationsordnung, wie Schmid sie vorgeschlagen, wird durch das angeführte Rescript nicht bewiesen. Aber ebensowenig ist die andere dafür angezogene Stelle von Belang.

Papinianus libro XI Responsorum.

In l. 3 §. 1 qui potioros (20, 4).

„Quum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit, post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit; prioris causam esse potiorem apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset, verum in ea quantitate, quam solvisset, eiusque usuris, potiorem fore constaret, nisi forte prior ei pecuniam offerat; quodsi debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praeferendum."

Titius hatte ein ihm von seinem Mandatare geschuldetes Grundstück dem A verpfändet und später nach Erlangung des Besitzes dem B. Papinian, nach der Rangordnung beider Hypotheken befragt, gab den Bescheid, A gehe dem B vor, soweit nicht das pfandrechtlich versicherte Darlehn des B zur Abzahlung des vom Mandatar ausgelegten Kaufpreises verwendet worden sei. In Betreff dieser Summe aber habe B den Vorzug vor A: „nisi forte prior ei pecuniam offerat."

Auf die einzelnen thatsächlichen Prämissen und den innern Grund der Entscheidung dieses viel besprochenen Fragmentes gehen wir hier nicht ein [180]. Es interessirt uns an dieser Stelle nur

180) Vgl. darüber Dernburg, Pfandrecht, I, S. 255 fg. —

insofern, als aus demselben die Ordnung des Auskaufsrechts, wie Schmid sie aufstellte, mit Bestimmtheit hervorgehen soll. Letzterer argumentirt nämlich folgendermaßen.

Wenn von dem Darlehn des B nur die Hälfte zur Erstattung des Kaufpreises verwendet worden sei, so habe B gleichsam zwei Forderungen, die eine mit schlechterer, die andere mit besserer Priorität als A. Dränge nun A gegen B auf Dulden des Auskaufs des mit besserer Priorität versehenen Forderungstheils oder Thun des Auskaufs der eignen älteren, gleichwohl aber schlechteren Pfandrechtsstelle, so könne B sofort wegen seines mit schlechterer Priorität versehenen Forderungstheils gegen A auf Dulden des Rückkaufs des besseren Theils oder Thun des Auskaufs des schlechteren Theils dringen, mit andern Worten, den A nöthigen, entweder den Auskauf des besseren Theils zu unterlassen oder sich auch zum Auskaufe des schlechteren Theils zu entschließen. Papinian sage demgemäß, B werde mit der Hälfte nebst Zinsen dem A vorgehen, nisi forte prior (A) ei (B) pecuniam offerat, d. h. wenn nicht etwa A dem B den ganzen dem besseren und dem schlechteren Forderungstheile entsprechenden Geldbetrag anbiete.

Wir glauben kaum, daß diese künstliche Interpretation einer längeren Widerlegung bedarf. Sie trägt in die Worte einen Gedanken hinein, der nimmermehr darin liegt. Jedem unbefangenen Auge, wie wir überzeugt sind, wird das pecuniam offerre nichts anders heißen, als die Oblation des an den Mandatar gezahlten Geldes, also nur der Summe, in Betreff welcher B dem A vorgeht; wie denn überhaupt die Voraussetzung, daß von dem Darlehen des B nur ein Theil zur Erstattung des Kaufpreises verwendet worden sei, durch nichts unterstützt wird.

Doch zugegeben selbst, es werde noch eine zweite, nachstehende Forderung des B supponirt, so ist es doch immer möglich, daß der Letztere mit dem alleinigen Auskaufe seiner ersten Forderungshälfte vollkommen zufrieden ist [181]: eine Möglichkeit, die durch die

181) Tryphoninus in l. 20 qui potiores (20, 4): „Quaerebatur, si post primum contractum tuum, antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitori Seius credidisset L et hyperocham huius rei, quae tibi pignori data esset, debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte XL, quod plus est in pretio rei, quam primo credidisti, utrum ei

Darstellung Papinians durchaus nicht ausgeschlossen wird, und hinlänglich bekundet, daß das „pecuniam offerat“ nicht nothwendigerweise auf die Oblation des ganzen Forderungsbetrags zu beziehen ist.

Aber wollten wir auch annehmen, daß das pecuniam offerre das Angebot beider Forderungstheile des B umfaßte, so läge doch höchstens hierin eine Anerkennung des jus offerendi des besseren Gläubigers, das wir natürlich nicht leugnen, nicht aber auch die von Schmid vertheidigte Ordnung [182]).

Die positiven Zeugnisse, die für die gegnerische Ansicht angeführt wurden, sind also nicht im Stande, dieselben zu beweisen. Ebensowenig ist aber irgend ein innerer Grund für eine solche Entscheidung vorhanden. Denn wenn man früher häufig dafür geltend machte, der erste Pfandgläubiger müsse als der besser Berechtigte auch bei Ausübung des jus offerendi den Vorrang haben [183]), so lag dieser Auffassung ein offenbares Mißverständniß zu Grunde. Denn die bessere oder schlechtere Pfandberechtigung wird von den Römern lediglich nach der hypothekarischen Klage beurtheilt [184]). Diese ist der einzige Maßstab dafür. Man sieht dies daraus, daß der Gläubiger, der in Betreff der Verkaufsbefugniß einem späteren Pfandconvenienten nachsteht, doch als der

---

ob L, an tibi iu XL cederet pignoris hyperocha — finge, Seium paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam — ? Dixi, consequens esse, ut Seius potior sit in eo, quod amplius est in pignore, et oblata ab eo summa primo ordine credita, usurarumque eius, postponatur primus creditor in summam, quam postea eidem debitori credidit.“ — Diese Stelle spricht mit Bestimmtheit gegen Schmid. Denn wenn der Anfragende und Seius sich um die hyperocha streiten, warum duldet dann jener den Auskauf der ersten Stelle und nöthigt nicht vielmehr den Seius, entweder diesen Auskauf zu unterlassen oder auch die dritte Stelle auszukaufen? —

182) Eigenthümlich ist es, daß Schmid die beiden eben besprochenen Stellen, in denen er sogar die Ordnung des Auskaufsrechts zu erkennen glaubt, gar nicht zur Unterstützung des Satzes vom jus offerendi des besseren Pfandgläubigers anzieht. —

183) Vgl. Anm. 168. — Aber auch Schmid, a. a. O. S. 302. —

184) Auch c. 2 i. f. C. qui potiores (8, 18): „— Cum de pignore utraque pars contendat, praevalet jure, qui praevenit tempore“ — hat keinen andern Sinn. —

bessere Gläubiger, der potior, anerkannt wird [185]). Eben deßhalb ist es aber auch möglich, daß der erste Pfandconvenient, trotz seiner besseren Pfandklage, nur das gleiche jus offerendi haben kann, wie alle nachstehenden Gläubiger. Will man jedoch willkürlich in dem Ausdruck: „besseres Pfandrecht" auch zugleich das bessere jus offerendi mit verstehen, so ist es natürlich unzulässig, aus diesem Begriffe wieder auf das bessere Auskaufsrecht des ersten Pfandgläubigers zu schließen [186]).

Wenn nun die bisher unternommenen Versuche zur Lösung des Conflikts nicht befriedigen, so müssen wir nach einer anderen Entscheidung suchen. In den Quellen aber finden wir kein Princip ausgesprochen, wonach die gegenseitige Oblation mehrerer Gläubiger geregelt werden soll. Dem nachstehenden Gläubiger wird vielmehr das jus offerendi unbedingt zugesprochen und ebenso auch, wie wir sahen, dem besseren. Doch scheint uns gerade dies Schweigen der Quellen bezeichnend zu sein. Denn wenn die Römer keine Rangordnung der Gläubiger in Betreff des jus offerendi kennen, so dürfen wir schließen, daß es jedem der Gläubiger ohne Unterschied seiner Stellung zu dem andern gebührt und keiner darin dem andern vorgeht.

Auch sind hieraus nicht die geringsten Unzuträglichkeiten zu befürchten. Nur dürfen wir die obersten Grundsätze, die für die Ausübung des Auskaufsrechtes gelten, nie außer Acht lassen. Wir müssen uns stets erinnern, einmal, daß das jus offerendi nur zwischen Pfandgläubigern zur Anwendung kommt; dann, daß zur Bewerkstelligung des Auskaufs das bloße Angebot nicht dient, sondern erst die Annahme der angebotenen Summe von Seiten des abzufindenden Gläubigers, oder im Falle verweigerter Annahme, deren gehörige Deposition. Endlich aber, daß im Augenblicke des Auskaufs, sei er durch Zahlungsannahme oder durch Deposition erfolgt,

---

185) Marcianus in l. 12 §. 10 qui potiores (20, 4): „Si priori hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendenda convenerit, verius est, priorem potiorem esse; nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem." —

186) Vgl. Linde, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß VI Bd. S. 224. —

der auskaufende Gläubiger sofort und ohne Hinzuthun des Anderen in dessen Rechte eintritt, mag man nun diesen Eintritt durch fingirte Cession erklären[187]), oder als eine eigene Successionsart betrachten[188]), oder endlich darin nur einen Uebergang der pfandrechtlichen Stellung des Abgefundenen auf die neue Forderung des Offerenten erblicken [189]). Es sind dies Sätze, die heut zu Tage allgemein anerkannt sind, und doch bei der Anwendung auf unsere Frage nur zu häufig vergessen wurden.

Setzen wir nun den Fall, ein Schuldner habe zweien seiner Gläubiger nach einander eine ihm eigenthümlich zugehörende, doch nicht in seinem Besitze befindliche Sache verpfändet. An sich steht hier nach unserer Meinung das jus offerendi jedem der Gläubiger zu und es ist kein Grund vorhanden, das eine für stärker zu halten als das andere.

Diese Sachlage ändert sich auch nicht im geringsten, wenn einer der Gläubiger dem andern zu offeriren bereit ist. Und dies ist einer der Punkte, die so oft übersehen wurden. Denn durch das bloße Bereitsein wird weder das jus offerendi ausgeübt noch das entgegenstehende des andern Gläubigers irgendwie beeinträchtigt. Das nämliche gilt, wenn beide Gläubiger sich gegenseitig zu offeriren verlangen. Auch hier ist es noch ebenso überflüssig wie unmöglich, eine Entscheidung in Betreff des Vorranges zu fällen [190]). An das Wollen allein knüpfen sich keinerlei rechtliche Folgen.

Aber auch wenn diese Bereitschaft zum Auskauf auf der einen Seite oder auch auf beiden Seiten zugleich zu dem Angebot der geschuldeten Summen führt, ändert sich das Rechtsverhältniß der Gläubiger in Betreff des jus offerendi nicht. Denn durch das Angebot allein wird keine successio in locum begründet. Freilich, der Gläubiger, dem offerirt wurde, kann während der Dauer dieser

187) So Mühlenbruch, Cession, 3te Auflage, §. 45 S. 482 fg. — Schmid, a. a. O., I, S. 328 fg. —

188) So Bachofen, a. a. O. S. 520 c. XV. —

189) So Dernburg, die hypothekarische Succession, im Archiv für die civil. Praxis XLI Bd., S. 1 fg. —

190) Es ist hier etwa dasselbe Verhältniß, wie wenn z. B. zwei Menschen im Begriffe sind, eine res nullius zu occupiren; ehe einer derselben die Sache wirklich erfaßt hat, kann von der Frage, wer vorgeht, nicht die Rede sein. —

Oblation [191]) keine Pfandklage gegen den Besitzer der verpfändeten Sache erheben. Denn es stünde ihm die Einrede [192]) gegenüber: SI NON PER A^m^ A^m^ STET QUOMINUS SOLVATUR [193]). Dennoch hört er deßhalb nicht auf, Pfandgläubiger zu sein und das jus offerendi steht ihm nach wie vor in derselben Weise zu.

Sofort gestaltet sich aber die Sache anders, sobald einer der Gläubiger die ihm angebotene Summe annimmt oder die von ihm offerirte, bei verweigerter Annahme, förmlich deponirt. In dem Augenblick der Annahme oder der Deposition ist der Auskauf geschehen und der Offerent tritt in die Rechte des abgefundenen Gläubigers ein. Der Letztere aber, mochte er nun ursprünglich der erste oder der zweite Pfandgläubiger gewesen sein, hat jetzt keinerlei Recht mehr zum Auskauf. Denn er hat überhaupt Pfandgläubiger zu sein aufgehört. Auch diese nothwendige Folge hat man niemals gehörig berücksichtigt.

Hiernach ist auch der Fall einfach zu entscheiden, wenn beide Pfandgläubiger zugleich ihr jus offerendi ausüben, sei es nun, daß die Annahme der wechselseitig angebotenen Summen zu gleicher Zeit erfolgt, oder daß die offerirten und zurückgewiesenen Gelder in demselben Augenblicke hinterlegt werden, oder endlich dadurch, daß der eine Gläubiger das ihm Angebotene in demselben Momente annimmt, in dem er die von seiner Seite offerirte Summe deponirt. Beide Gläubiger, das ist klar, können ihre alten hypothekarischen Klagen gegen den Besitzer des Pfandes nicht mehr durchführen. Denn im Falle der Zahlungsannahme stände die exceptio [194]) entgegen: SI PECUNIA SOLUTA NON SIT, und im Falle der Deposition die schon vorher durch die Oblation begründete Einrede: SI NON PER A^m^ A^m^ STET QUOMINUS SOLVATUR. Dagegen könnte die Frage entstehen, ob nicht jeder der beiden Gläubiger auf Grund der dem Abgefundenen zugestandenen

---

191) Abweichend, wie es scheint, Bachofen a. a. O. S. 47 fg. 502 („— STETISSE —"); doch vgl. Anm. 191. —

192) Siehe Anm. 11. —

193) l 11 §. 4 qui potiores (20, 4) — c. 9 C. de usuris (4, 32) — c. 3 C. de luitione pig. (8, 31) u. a. —

194) Siehe Anm. 11. —

Rechte eine Klage erheben könne; mag man nun diese neue Klage für eine eigenthümliche, zugleich auf das frühere Recht des Abgefundenen und die Succession des Klägers basirte ansehen [195]), oder nur für die Klage des ausgekauften Gläubigers, doch auf den Namen des Offerenten umstellt [196]). Aber auch diese Frage müssen wir verneinen. Denn zum rechtsgültigen Auskaufe gehört Pfandrecht des Offerenten im Momente des Auskaufs. Da jedoch, wie wir annehmen, Zahlung oder Deposition auf beiden Seiten gleichzeitig erfolgt ist, kann keiner der Gläubiger behaupten und darthun, er sei zur Zeit des Auskaufs noch Pfandgläubiger gewesen.

Und dies Verhältniß wird unverändert bleiben, wenn entweder der Auskauf vermöge Zahlungsannahme erfolgte oder wenn die deponirten Gelder im Depositum verharren. Aber wie, wenn einer der Gläubiger die von ihm hinterlegte Summe wieder zurücknimmt? In demselben Augenblick lebt einmal die Pfandklage des andern Gläubigers wieder auf, da die ihr bisher entgegenstehende Einrede hinwegfällt. Aber auch die successio in locum wird jetzt angenommen werden müssen, da der andere Gläubiger darthun kann, er sei Pfandberechtigter und habe deponirt. Nehmen aber beide Gläubiger, wie sie gleichzeitig deponirten, so auch in demselben Momente die deponirten Summen wieder zurück: so sind beide Pfanklagen wieder wirksam, eine Succession ist aber auf keiner Seite erfolgt und das Verhältniß wieder ganz dasselbe, wie es vor dem Angebot und vor der Hinterleguug der offerirten Gelder bestand.

Auf diese Weise lösen sich alle scheinbaren Schwierigkeiten mit Leichtigkeit auf.

Ja, es führt vielmehr gerade die andere Ansicht, nach welcher die Gegenseitigkeit des jus offerendi geleugnet wird, zu den größten Unzuträglichkeiten, wie wir noch in Kürze ausführen wollen.

Wenn nämlich das Auskaufsrecht nur dem nachstehenden Gläubiger zustände, so würde die von einem besseren vorgenommene

---

195) Etwa: „s. p., inter Titium debitorem et Mevium creditorem convenisse — — — — atque A^m A^m in locum Mevii successisse“ et rel. —

196) Vgl. Schmid, a. a. O. S. 328. —

Abfindung rechtlich nicht als Auskauf gelten können und keinesfalls eine successio in locum begründen. Sonach würde dem Gläubiger, welcher auf Grund seines Eintritts in die Rechte eines abgefundenen Pfandconvenienten Ansprüche erheben wollte, stets der Nachweis obliegen, nicht allein, daß er zur Zeit des Auskaufs pfandberechtigt, sondern auch, daß er ein nachstehender Gläubiger gewesen sei.

Dieser Satz bringt aber die größten Inconvenienzen mit sich. Denn wie leicht kann es kommen, daß der in Wahrheit nachstehende Gläubiger, der seinen Vormann abgefunden, doch den Beweis nicht zu erbringen vermag, daß er der Minderberechtigte gewesen sei. Und doch bedurfte er deßhalb nicht weniger der Confirmation seines Pfandrechtes durch das jus offerendi. Denn da er auf der andern Seite auch ein besseres Recht nicht zu erweisen im Stande war, so hatte er vor dem Auskaufe dem andern Gläubiger gegenüber keine wirksame hypothekarische Klage.

Doch wollte man auch, gewiß nicht consequenter Weise, zwar nur dem nachstehenden Gläubiger das jus offerendi zugestehen, dennoch aber die Behauptung des schlechteren Pfandrechts zur Zeit des Auskaufs nicht mit zu dem Klaggrunde zählen und sonach den Beweis desselben vom Offerenten nicht verlangen, so würde man doch im wesentlichen zu keinem besseren Resultate kommen. Denn jedenfalls müßte man dann dem Beklagten gegen die Ansprüche des angeblichen Pfandnachfolgers den Gegenbeweis zugestehen, daß der Kläger in Wahrheit der bessere Pfandgläubiger gewesen sei und daher durch die Abfindung keinerlei Rechte habe erlangen können. Wie unbillig aber auch eine solche Entscheidung wäre, wird aus dem Folgenden hervorgehen.

Setzen wir den Fall, dieselbe Sache sei zwei Gläubigern nach einander verpfändet worden und der zweite Pfandconvenient habe sich in den Besitz derselben gesetzt. Wenn nun der erste Gläubiger zwar seine, sowie auch des Besitzers Pfandberechtigung kennt, nicht aber den Rang und das Verhältniß ihrer Ansprüche zu einander, so wird er ohne weiteres die hypothekarische Klage nicht anstellen mögen. Denn er muß die Einrede des gleichen Rechtes an der Sache fürchten, ohne seinerseits die Replik der Priorität vorschützen

oder doch erweisen zu können.[197]) Zunächst wird er also dem andern Gläubiger offeriren, und dieser, nehmen wir an, acceptirt die angebotene Summe. Jetzt kann der erste Gläubiger ungefährdet seine Pfandklage erheben. Denn gegen die Einrede des gleichen Rechtes schützt ihn nun die Replik der Zahlung.[198]) Doch wie, wenn der Beklagte als Pfandinhaber diese Klage durch das Angebot der dem Kläger geschuldeten Summe entkräftet? Wäre der erste Gläubiger durch die Abfindung des zweiten in dessen Rechte eingetreten, so würde er nun auf Grund der also erworbenen Rechte eine zweite Pfandklage erheben können. Nach der Ansicht der Gegner steht ihm jedoch diese nicht zu, oder sie wird doch entkräftet durch den Nachweis des Beklagten, daß der Kläger nicht der schlechtere, sondern der bessere Pfandgläubiger gewesen sei. Ja, auch eine persönliche Klage gegen den Pfandschuldner auf Zahlung der Abfindungssumme würde dann dem Offerenten nicht gebühren. Denn weder wirkliche noch fingirte Cession hätte die Forderung des zweiten Gläubigers auf ihn übertragen, und als negotiorum gestio könnte das Verfahren dessen nicht gelten, der eigene Geschäfte betrieb.

Somit würde der bessere Pfandgläubiger, der seine Priorität nicht zu erweisen vermag, schutzloser sein als wenn er in Wahrheit der nachstehende Gläubiger wäre.

Zu noch größeren Härten führt aber die gegnerische Entscheidung, wenn wir annehmen, daß dieselbe Sache zwei Gläubigern zu gleicher Zeit verpfändet worden sei. Auch diese hätten folgerichtig kein Auskaufsrecht gegen einander. Denn wenn, wie die Gegner behaupten, das jus offerendi ein Ausnahmerecht ist, das die Römer allein dem nachstehenden Gläubiger gegeben haben, so sind natürlich die gleichberechtigten eben so sehr wie die besseren Gläubiger davon auszuschließen. Aber auch eine wirksame hypothekarische Klage hat keiner derselben dem andern gegenüber.[199])

In diesem Punkte stehen sie mit den schlechteren Pfandgläubigern ganz auf gleicher Linie. Als solche hätten sie jedoch das jus offerendi: so aber schadet ihnen ihr eigenes besseres Recht.

---

197) l. 12 pr. qui potiores (20, 4); l. 19 de exc. rei judicatae (44, 2). —
198) Vgl. Anm. 11. —
199) l. 10 de P. et H. (20, 1). —

Nun fragen wir; ist nicht ausdrücklich in den Quellen Confirmation des Pfandrechtes als Zweck des jus offerendi genannt?[200] Wer aber bedarf dieser Confirmation mehr, als der Gläubiger, dessen hypothekarischer Klage es an Wirksamkeit gebricht? Und ist es hierfür nicht einerlei, ob der Gläubiger ein schlechteres oder ein gleiches Pfandrecht besitzt, oder auch ein stärkeres, doch ohne die Möglichkeit, diese Priorität zu beweisen?

Nicht unsere, sondern die gegnerische Ansicht führt also zu Schwierigkeiten und Härten. Und um so mehr sind wir berechtigt, an der Gegenseitigkeit des jus offerendi festzuhalten, wie die Quellen sie bezeugen.

---

200) Siehe Anm. 138. —

